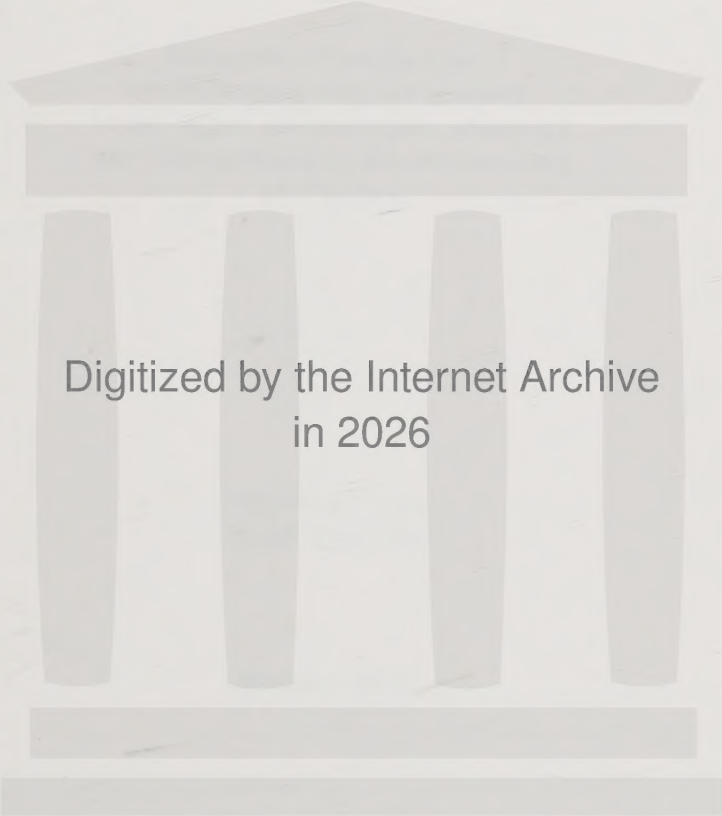


DIE RECHTSGRUNDLAGEN DER BUNDESTREUE

Bernd Kowalsky

1971



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553809_0026

Dissertationsdruck- und Verlagsanstalt

Werner Blasaditsch · 89 Augsburg · Theodor-Heuß-Platz 3 · Tel. (08 21) 255 63

DIE RECHTSGRUNDLAGEN DER BUNDESTREUE

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Bernd Kowalsky

München 1970



R e f e r e n t: Prof. Dr. Th. Maunz

Korreferent: Prof. Dr. Badura

Tag der mündlichen Prüfung: 9. Februar 1971

MEINER MUTTER

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
T e i l A	
§ 1 Die Begriffsbezeichnung der Bundestreue	3
Die Entwicklung des Instituts	5
§ 2 I. Die Bundestreue als politisches Instrument im Kaiserreich von 1871	5
1. Die Äußerungen Bismarcks	6
2. Der Fall Braunschweig	8
§ 3 II. Der Bundestreue verwandte Institutionen vor Gründung des Deutschen Reiches von 1871	9
1. Der mittelalterliche Lehnsstaat	9
2. Der Augsburger Religionsfriede	10
3. Der Westfälische Friede	11
4. Der Deutsche Bund von 1815	13
§ 4 III. Die dogmatische Grundlegung der Bundestreue durch SMEND	16
§ 5 IV. Die Lehre SMENDs von der Bundestreue	18
1. Die Vertragstreue als Rechtsgrundlage der Bundestreue	18
§ 6 2. Fortwirkung der SMENDschen Auffassung in der Weimarer Zeit	20
3. Die übrige Staatsrechtslehre	21
a) Die Lehre ANSCHÜTZ '	22
b) LABAND	23
c) GEBHARD	25
d) LEIBHOLZ	26

T e i l B

Die Rechtsgrundlagen der Bundestreue	28
§ 7 I. Die Bundestreue aus der Sicht der herrschenden Meinung	28
§ 8 II. Grundsätzliche Voraussetzungen	32
a) Die Bundestreue als ungeschriebenes Verfassungsrecht	33
b) Das Fehlen einer positiven Gegen-norm	34
c) Ungeschriebenes Verfassungsrecht als Rechtsquelle	36
§ 9 III. Die bisher vorgetragenen Ansichten zu den Rechtsgrundlagen der Bundestreue	38
1. Das Wesen des Bundesstaates als Rechtsgrundlage	38
a) Die Auffassung HERTLS	38
b) Die Lehre BAYERs	39
c) Die Meinung der übrigen Literatur	40
d) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	42
aa) Die unzutreffende Berufung auf SMEND	43
bb) Das Fehlen vertragsmäßiger Elemente im Grundgesetz	44
§ 10 IV. Der Bundesstaat als Staatenstaat	46
1. Die Umschreibung des Staatenstaates durch SCHEUNER und BAYER	47
a) SCHEUNER	47
b) BAYER	48
2. Das Fehlen einer analogen und auf den Bundesstaat übertragbaren Regelung im Völkerrecht	49
a) Die Grundrechte der Staaten	50
b) Das Prinzip der Guten Nachbarschaft	51

§ 11	V. Die verschiedenartige Ausgestaltung des Bund-Gliedstaaten-Verhältnisses in bestehenden Bundesstaaten	53
	1. Die Zuständigkeitsverteilung	54
	2. Die Mitwirkung an der Gesetzgebung des Bundes	56
	3. Die territoriale Integrität der Gliedstaaten	57
	4. Der Einfluß der Gliedstaaten auf die Gesamtverfassung	58
	5. Die Beziehungen der Gliedstaaten zum Ausland	58
	6. Schlußfolgerung	60
	7. Das weitgehende Fehlen eines der Bundestreue entsprechenden Instituts in anderen Bundesstaaten	60
§ 12	VI. Der Rückgriff auf die Legitimation des Bundesstaates	63
	1. Das Gewaltenteilungsprinzip	63
	2. Ethisch-moralisch fundierte Auffassungen	66
	3. Homogenitätsprinzip	67
	a) Materielles Homogenitätsprinzip	67
	b) Verfahrensmäßiges Homogenitätsprinzip	69
	4. Subsidiaritätsprinzip	71
	a) Das Subsidiaritätsprinzip ist kein unmittelbar anwendbarer Rechtssatz	72
	b) Der Niederschlag des Prinzips im Grundgesetz	73
	c) Die Beschränkung auf die Aufgabenverteilung	75
	aa) Art. 72 Abs. 2 GG	76
	bb) Die Überlagerung durch andere Grundsätze	77

	Seite
§ 13 VII. Die Aussagekraft der konstruktiven Bundesstaatstheorien	80
1. Der Bundesstaat als komplexer Staat nach der Lehre USTERIS	80
a) Die Unmöglichkeit des Staatenstaates	81
b) Die Bundestreue als Teil des komplexen Grundnormensystems	82
c) Die allgemeine Friedenspflicht als Bestandteil jedes Rechtsverhältnisses	84
2. Die zwei- und dreigliedrigen Bundesstaatstheorien	85
§ 14 3. Der zweigliedrige Bundesstaat	86
a) Das Problem der Zuordnung von Bund und Ländern	86
b) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	86
c) Die Lehrmeinungen	88
d) Die Staatsgerichtsbarkeit als Anknüpfungspunkt	90
e) Die Auffassung TRIEPELS	91
f) SMENDs Integrationslehre	91
g) Der "Schwebezustand" nach BAYER	92
h) Die Teilstaatenlehre	92
i) Nebeneinander von Subordination und Koordination	93
§ 15 4. Die Lehre vom dreigliedrigen Bundesstaat	95
a) Der Ursprung bei HÄNEL und KELSEN	95
b) Die Lehre NAWIASKYs	96
c) Gleichordnung und Überordnung im System des dreigliedrigen Bundesstaates	98
§ 16 5. Die Unmöglichkeit der Bundestreue nach der herrschenden Meinung im dreigliedrigen Bundesstaat	99

		Seite
§ 17	6. Exkurs: Die Bundestreue als Argument für den dreigliedrigen Bundesstaat	101
	a) Die Überflüssigkeit der Bundestreue	102
	b) Die Bundestreue als Forderungsrecht ist auch im zweigliedrigen Bundesstaat denkbar	103
§ 18	7. Die Irrelevanz der zwei- und dreigliedrigen Bundesstaatstheorien für die Bundestreue	105
	a) Zivilrechtliche Rechtsverhältnisse	105
	b) Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse	107
	8. Die Bundestreue als Verfassungsgewohnheitsrecht?	111

T e i l C

	E r s t e s K a p i t e l	113
§ 19	I. Grundgesetz und Rechtsstaatsprinzip	114
	1. Der materielle Rechtsstaat	114
	2. Entwicklung des Rechtsstaatsgedankens	116
	a) Die Arbeiten v.MOHLs und v.GNEIST'	116
	b) Schwerpunkt im Gerichtsschutz	117
	c) Der bürgerliche Rechtsstaat	118
§ 20	II. Die Institutionen des Rechtsstaats	119
	1. Gewaltenunterscheidung und -trennung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG)	119
	2. Die Gewährung von Grundrechten für den einzelnen	121
	3. Das formelle Gesetz	122
	4. Die Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalten (Art. 20 Abs. 3)	123

		Seite
§ 21	5. Die Meßbarkeit und Vorausberechnenbarkeit der Staatsgewalt	124
	a) Die Bindung des Gesetzgebers	125
	aa)	126
	bb)	126
	cc)	127
	b) Die rechtsstaatlichen Maßstäbe, insbesondere das Übermaßverbot	129
	aa) Die Grundlagen des Übermaßverbots	130
	bb) Das Übermaßverbot als allgemeine rechtsstaatliche Forderung	132
	cc) Das Überwiegen verwaltungsmäßiger Elemente in den Beziehungen der öffentlichen Gewaltsträger untereinander	134
	dd) Die Aussage des Übermaßverbots im einzelnen	137
	ee) Der Grundsatz der Bestimmtheit	139
	6. Gerichtlicher Rechtsschutz	140
§ 22	7. Der allgemeine Gleichheitssatz als Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung	142
	a) Begriffsbestimmung des Gleichheitssatzes	142
	b) Der Gleichheitssatz als Gebot der Gerechtigkeit	145
	c) Keine Beschränkung des Gleichheitssatzes auf die Grundrechte	148
	Z w e i t e s K a p i t e l	
	Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip	151
§ 23	I. Ausscheidung der für das Bund-Länder-Verhältnis irrelevanten rechtsstaatlichen Forderungen	152

	Seite
1. Die Grundrechte	152
2. Das formelle Gesetz	153
3. Gerichtlicher Rechtsschutz des einzelnen	153
II. Die grundsätzliche Anwendbarkeit rechtsstaatlicher Prinzipien im Bund-Länder-Verhältnis	154
§ 24 1. Die Regelung der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis des Bundes	155
2. Die Gemeinschaftsaufgaben	159
3. Die Bundesaufsicht	160
a) Erforderlichkeitsschranke bei Annexregelungen	160
b) Die Errichtung von Bundesoberbehörden	162
c) Das Bundesaufsichtsverfahren im einzelnen	164
d) Die Regelung des Art. 91 GG	170
e) Finanzverfassung	172
f) Der Bundeszwang	174
aa) Zulässigkeitsbegrenzung	174
bb) Mittelbegrenzung	176
4. Die Erweiterung des Anwendungsreichs rechtsstaatlicher Prinzipien im Bund-Länder-Verhältnis	178
§ 25 III. Verbindungslinien zwischen der Bundes- treue und rechtsstaatlichen Forderungen	180
1. Äußerungen in der Literatur	180
2. Parallelen zwischen Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip	182
a) Parallelität in der Zielsetzung - Verhinderung von Machtmißbrauch	182
b) Mißbrauchsverbot und Übermaßverbot	185
c) Keine Übertragung der allgemeinen Mißbrauchslehre auf die Bundestreue	186

	Seite
3. Parallelität in der Funktion	192
a) Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip als Auslegungsregeln	192
b) Bundestreue und Rechtsstaatsgedanke als offene Prinzipien ohne geschlossenes Normsystem	194
c) Der akzessorische Charakter von Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip	196
aa) Keine Begründung selbständiger Rechte und Pflichten durch die Bundestreue	197
bb) Rechtsstaatliche Prinzipien als konkretisierender und modifizierender Faktor	200
cc) Die Entfernung der positiven Funktion des Rechtsstaatsprinzips von der rechtlichen Norm	201
d) Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip als Ermessensschränken	203
4. Zwischenergebnis	207

D r i t t e s K a p i t e l

§ 26	I. Die Identifizierung der Bundestreue mit rechtsstaatlichen Prinzipien	209
	1. Allgemeiner Gleichheitssatz und Willkürverbot	210
	a) Die Gleichheit der Länder gegenüber dem Bund	210
	b) Das Willkürverbot als Ermessensschränke	211
	c) Die Einengung des Ermessensspielraumes - Begründung positiver Pflichten für Bund und Länder	213
	d) Der Einfluß des allgemeinen Gleichheitssatzes auf das Prozedere und den Stil von Verhandlungen	217

	aa) Das "Fernsehurteil" und sein Gehalt zur Bundestreue	217
	bb) Der Stil von Verhandlungen als Rechtsfrage?	218
	cc) Verpflichtung zur Teilnahme an Verhandlungen	223
	dd) Kein Einfluß der Bundestreue auf Abstimmungen im Bundesrat	224
	e) Gegenseitigkeit und sachliche Unabhängigkeit der Bundestreupflichten	227
§ 27	2. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit	232
	a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit am Beispiel des Rundfunkwesens	232
	b) Die Auswirkungen von Länderregelungen über den räumlichen Bereich des Landes hinaus	234
	c) Abgrenzung von Zuständigkeitsfragen	235
	3. Der Bereich der Finanzverfassung	237
	a) Weitgehende Irrelevanz der Bundestreue (Art. 109 GG)	237
	b) Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern	241
	aa) Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung	241
	bb) Die konkrete Gestaltung des Finanzausgleichs in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	242
	4. Die Bundestreue als rechtsstaatliches Gebot im Bund-Länder-Verhältnis	245

§ 28 II. Folgerungen aus der Bestimmung der Bundestreue als rechtsstaatliches Gebot zwischen Bund und Ländern	246
1. Ablösung des Prinzips der Interessenwahrung	246
2. Art. 79 Abs. 3 GG im Bund-Länder-Verhältnis	249
a) Die Unmöglichkeit der Aufhebung des Bundesstaates	249
b) Art. 79 Abs. 3 als Verhältnisfaktor	250
c) Der Einfluß des Grundsatzes der Erforderlichkeit	252
3. Folgerungen für den kooperativen Bundesstaat	253
a) Bundestreue und Kooperation	253
aa) Die Bundestreue als Rechtsgrundlage der Kooperation	254
bb) Widerspruch zur Akzessorität der Bundestreue	256
b) Der Kooperationsgedanke als Rechtsgrundlage für die Bundestreue?	257
4. Auswirkungen auf Einzelfragen	259
a) Die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers (Art. 65 GG)	259
b) Die Bundesaufsicht	261
aa)	261
bb)	262
cc)	264
dd)	265
ee)	267
c) Der Bundeszwang (Art. 37 GG)	268
d) Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern	269
e) Die Landesregierungen als Ermächtigungsadressat (Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG)	271

Literaturverzeichnis

- ABENDROTH, Wolfgang Zum Begriff des demokratischen
 und sozialen Rechtsstaates im
 Grundgesetz der Bundesrepublik
 Deutschland
 in: Rechtsstaatlichkeit und So-
 zialstaatlichkeit S. 114 ff
- ACHTERBERG, Norbert Zulässigkeit und Schranken
 stillschweigender Bundeszu-
 ständigkeiten im gegenwärti-
 gen deutschen Verfassungs-
 recht
 AöR Bd. 86 (1961) S. 63 ff
- ALBRECHT, Alfred Rechtsstaat
 in: Staatslexikon 6. Auflage
 Bd. 6 Sp. 685 ff, Freiburg
 1961
- ANSCHÜTZ, Gerhard Die Verfassung des Deutschen
 Reiches
 14. Auflage 1933, Neudruck
 1960, zit.: ANSCHÜTZ Kommen-
 tar WRV
- ANSCHÜTZ-THOMA Handbuch des Deutschen Staats-
 rechts
 2 Bde., Tübingen 1930
- APELT, Willibald Zum Begriff Föderalismus
 in: Um Recht und Gerechtigkeit
 Festschrift für Erich Kaufmann,
 Stuttgart/Köln 1950, S. 1 ff
- ARMBRUSTER Föderalismus
 in: Staatslexikon Bd. 3 Sp. 385
 ff
- ARNDT, Adolf Gedanken zum Gleichheitssatz
 in: Die moderne Demokratie und
 ihr Recht Bd. 2 S. 179 ff,
 Festschrift für G. Leibholz,
 zit.: Festschrift Leibholz Bd.
 2
- Das Bundesverfassungsgericht
 DVBl. 1951 S. 297
- BACHOF, Otto Die verwaltungsgerichtliche
 Klage auf Vornahme einer Amts-
 handlung
 Tübingen 1951

- BACHOF, Otto Reflexwirkung und subjektive
Rechte im öffentlichen Recht
Gedächtnisschrift für G.Jelli-
nek S. 287 ff, München 1955
- Verfassungswidrige Verfassungs-
normen
in: Recht und Staat in Geschich-
te und Gegenwart 163/164, Tübin-
gen 1951
- Begriff und Wesen des sozialen
Rechtsstaates
in: VVDStRL Bd. 12 S. 37 ff
- BARION, H. Die sozialetische Gleichschal-
tung der Länder und Gemeinden
durch den Bund. Eine konkreti-
sierte Studie zum Subsidiari-
tätsprinzip
in: Der Staat Bd. 3 S. 1 ff
- BÄUMLIN, Richard Die rechtsstaatliche Demokra-
tie
Zürich 1954
- BAYER, Hermann-
Wilfried Die Bundestreue
Tübingen 1961
- BECKER, Walter Föderalistische Tendenzen im
deutschen Staatsleben seit dem
Umsturze der Bismarckschen Ver-
fassung
Breslau 1928
- BEHNKE, Kurt Die Gleichheit der Länder im
deutschen Bundesstaat
Breslau 1926, Diss. Greifswald
1926
- BERBER, Friedrich Lehrbuch des Völkerrechts Bd.
1-3
München 1960
- BERNHARDT, Rudolf Der Abschluß völkerrechtlicher
Verträge im Bundesstaat
in: Beiträge zum ausländischen
öffentlichen Recht und Völker-
recht Heft 53 1957
- Die Kompetenzen von Bund und
Ländern zum Abschluß völker-
rechtlicher Verträge
Diss. Frankfurt/M. 1954, zit.:
Diss.

- BILFINGER, Carl Betrachtungen über politisches
Recht
in: ZausöRVR Bd. 1 Teil I S.
57 ff
- Einfluß der Einzelstaaten auf
die Bildung des Reichswillens
Tübingen 1923, zit.: Einfluß
der Einzelstaaten
- BINDER, Julius Philosophie des Rechts
Neudruck der ersten Auflage
1925, Aalen 1967
- BÜCKENFÜRDE, Ernst Die Organisationsgewalt im Be-
reich der Regierung
Schriften zum öffentlichen
Recht Bd. 18, Berlin 1964
- BONNER KOMMENTAR Kommentar zum Grundgesetz
Redakt.: B. Dennewitz, fortge-
führt von K.G.Wernicke, Hamburg
1954 ff, zit.: BK
- BRIE, Siegfried Der Bundesstaat. Eine histo-
risch-dogmatische Untersuchung.
Erste Abtheilung: Geschichte
der Lehre vom Bundesstaate
(1874); nicht mehr erschienen
(Bundesstaat I), zit.: BRIE
Bundesstaat
- Entstehung und Untergang der
Staaten
in: Handbuch der Politik Bd.
I S. 66-73, Berlin und Leipzig
1912
- BRUNS, Viktor Sondervvertretung deutscher Bun-
desstaaten bei den Friedensver-
handlungen
in: Recht und Staat in Geschich-
te und Gegenwart Heft 12, Tübin-
gen 1918
- BUCHER, Eugen Das subjektive Recht als Norm-
setzungsbefugnis
Tübingen 1965
- BÜHLER, Ottmar Die Reichsverfassung vom 11.
August 1919
3. Auflage Leipzig und Berlin
1929

- BULLINGER, Martin Die Mineralölföhrnleitungen
Stuttgart 1961
- Der Anwendungsbereich der Bundesaufsicht. Zum Konkordatsurteil des Bundesverfassungsgerichts
in: AöR Bd. 83 S. 279 ff
- Zum Verhältnis von Bundesaufsicht und Bundestreue
in: AöR Bd. 87 S. 488 ff
- BURCKHARDT, Walter Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874
3. Auflage Bern 1931, zit.:
BURCKHARDT Kommentar
- Methode und System des Rechts
Zürich 1936
- Die Organisation der Rechtsgemeinschaft
2. Auflage Zürich 1944
- CALHOUN, John Caldwell Works of Calhoun
herausgegeben von Richard Crallé
6 Bände 1851-1854, 2. Auflage
1863
- CONRAD, Hermann Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1
2. Auflage Karlsruhe 1962
- DAMBITSCH Die Verfassung des Deutschen Reiches mit Erläuterungen
1910
- DERNEDDE Der Bund und die Länder
DV 1949 S. 315 ff
- DEUERLEIN, Ernst Der Bundesratsausschuß für die Auswärtigen Angelegenheiten
1870-1918
Regensburg 1955
- DIETZE, Gottfried Rechtsstaat und Staatsrecht
in: Festschrift für Gerhard Leibholz "Die moderne Demokratie und ihr Recht" Bd. 2 S. 17 ff, Tübingen 1966
- DRATH, Martin Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit
in: VVDStRL Bd. 9 S. 17 ff

- DREWS-WACKE Allgemeines Polizeirecht. Ordnungsrecht des Bundes und der Länder
7. Auflage München u.a. 1961
- DÜRIG, Günter Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat
in: JZ 1953 S. 193 ff
- Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes
AöR Bd. 81 S. 117 ff
- Die Übereinstimmung der Wahlsysteme in Bund und Ländern
in: Tübinger Festschrift für Kern S. 65 ff, Tübingen 1968
- DUX, Günter Bundesrat und Bundesaufsicht
Schriften zum öffentlichen Recht Band 9, Berlin 1963
- EHMKE, Horst Prinzipien der Verfassungsinterpretation
in: VVDStRL Bd. 20 S. 53 ff
- EMMERICH, Volker Die Änderung des Art. 109 GG und das Stabilitätsgesetz
in: JuS 1968 S. 194 f
- ENNECCERUS-NIPPERDEY Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts
1. Halbband 15. Auflage, Tübingen 1959
- ERLER, Georg Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften
in: VVDStRL Bd. 18 S. 7 ff
- ERMAN, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Bd. 1, 3. Auflage, Münster 1962
- EYERMANN-FRÖHLER Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar
4. Auflage München-Berlin 1965
- FICKER, Hans G. Vertragliche Beziehungen zwischen Gesamtstaat und Einzelstaat im Deutschen Reich
Breslau 1926

- | | |
|----------------------------|--|
| FISCHBACH, Oskar-
Georg | Bundesbeamtengesetz 2 Bände
Köln-Berlin-Bonn-München 1964/65 |
| FLEINER, Fritz | Institutionen des Deutschen Ver-
waltungsrechts
2. Neudruck der 8. Auflage Tü-
bingen 1928, Aalen 1963 |
| FLEINER-GIACOMETTI | Schweizerisches Bundesstaats-
recht
Zürich 1949, Nachdruck 1965 |
| FORSTHOFF, Ernst | Lehrbuch des Verwaltungsrechts
1. Band Allgemeiner Teil
9. Auflage München und Berlin
1966 |
| --- | Begriff und Wesen des sozialen
Rechtsstaats
in: Rechtsstaatlichkeit und So-
zialstaatlichkeit S. 165 ff |
| --- | Über Maßnahmegesetze
in: Gedächtnisschrift für Wal-
ter Jellinek, München 1955 |
| --- | Die Umbildung des Verfassungs-
gesetzes
in: Festschrift für Carl Schmitt
1959 S. 35 ff |
| --- | Rechtsstaatlichkeit und Sozial-
staatlichkeit. Aufsätze und
Essays
herausgegeben von E. FORSTHOFF
Darmstadt 1968 |
| --- | Die öffentliche Körperschaft im
Bundesstaat. Eine Untersuchung
über die Bedeutung der institu-
tionellen Garantien in den Ar-
tikeln 127 und 137 der Weimarer
Reichsverfassung.
Beiträge zum öffentlichen Recht
der Gegenwart Bd. 3, Tübingen
1931 |
| FRANTZ, Constantin | Der Föderalismus als das leiten-
de Prinzip für die soziale,
staatliche und internationale
Organisation unter besonderer
Bezugnahme auf Deutschland
Mainz 1879, zit.: Föderalismus |
| FRÖHLER, Ludwig | Wie verhält sich Art. 125 zu
Art. 72 Abs. 2 Grundgesetz?
in: DVBl. 1956 S. 490 ff |
| FROMEIN, Jochen | Die selbständige Bundesauf-
sicht nach dem Grundgesetz
Bonner Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen Bd. 50, Bonn 1961 |

- FUSS, Ernst-Werner Die Nichtigerklärung der Volksbefragungsgesetze von Hamburg und Bremen
AöR Bd. 83 S. 383 ff
- Die Bundestreue - ein unentbehrlicher Rechtsbegriff? Gedanken zur Abhandlung von H.W.Bayer.
in: DÖV 1964 S. 37 ff
- GALLWAS, Hans-Ullrich Der Mißbrauch von Grundrechten
in: Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 49, Berlin 1967
- GEBHARD, Ludwig Handkommentar zur Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919
München, Berlin und Leipzig 1932
- GEIGER, Willi Die wechselseitige Treupflicht von Bund und Ländern
in: Föderalistische Ordnung, herausgegeben von Süsterhenn, Koblenz 1961 S. 113, zit.: GEIGER Treupflicht
- Mißverständnisse um den Föderalismus
Berlin 1962, zit.: GEIGER Mißverständnisse
- Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber
in: Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge 10 Jahre Hochschule Speyer, zit.: Festschrift Hochschule Speyer
- Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Einwirkung auf die Verfassung der Länder
Festschrift für Laforet Bd. 3 S. 297 ff
- Bedeutung und Funktion des Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland
BayVBl. 1964 S. 65 ff
- GENTZ, Manfred Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen
NJW 1968 S. 1600 ff

- GERNHUBER, Joachim Lehrbuch des Familienrechts
München und Berlin 1964
- GIESE, Friedrich Die Reichsverfassung vom 11.8.
1919
7. Auflage Berlin 1926
- GNEIST, Rudolf Der Rechtsstaat und die Verwal-
tungsgerichte in Deutschland
2. Auflage Berlin 1879
- GÖRG, Hubert Die gegenseitige Treupflicht
des Bundes und der Länder auf
Gebieten des Finanzwesens
in: Festgabe für Heinrich Herr-
fahrdt S. 73 ff, Marburg 1961,
zit.: GÖRG Festschrift Herr-
fahrdt
- GREWE, Wilhelm Das bundesstaatliche System des
Grundgesetzes
DRZ 1949 S. 349 ff
- GRIMM, Dieter Recht und Politik
in: JuS 1969 S. 501 ff
- GROSS Verfassungshoheit und Homogeni-
tät im Bundesstaat
in: DVBl. 1950 S. 5 ff
- HAAS, Diether Das Verwaltungsprivatrecht im
System der Verwaltungshandlun-
gen und der fiskalische Be-
reich
in: DVBl. 1960 S. 303 ff
- HÄBERLE, Peter Die Wesensgehaltgarantie des
Art. 19 Abs. 2 GG. Zugleich ein
Beitrag zum institutionellen
Verständnis der Grundrechte und
zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt
Karlsruhe 1962
- HAEGERT, Wilhelm Organe der Länder auf Bundes-
ebene?
NJW 1961 S. 1137 ff
- HAENEL, Albert Deutsches Staatsrecht
Erster Band: Die Grundlagen des
deutschen Staates und die Reichs-
gewalt
Leipzig 1892
- HÄUSSLING, Josef Integration
in: Staatslexikon Bd. 4 Sp. 342
ff

- HAENEL, Albert Studien zum Deutschen Staats-
rechte
Erste Studie: Die vertragsmäßigen
Elemente der Deutschen Reichsver-
fassung
Leipzig 1873, zit.: HAENEL Studien
- HAMANN, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesre-
publik Deutschland vom 23. Mai
1949. Kommentar
2. Auflage 1960
- HAMILTON-JAY-MADISON Der Föderalist
herausgegeben von F. Ermacora
Wien 1958
- HARBICH, Jürgen Der Bundesstaat und seine Unan-
tastbarkeit
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 20, Berlin 1965, zit.: HAR-
BICH Unantastbarkeit
- HARNISCHFEGGER, Horst Die Rechtsprechung des Bundes-
verfassungsgerichts zu den
Grundrechten
Schriften des Europa-Kollegs
Hamburg, Bd. 1, Hamburg 1966
- HARTUNG Deutsche Verfassungsgeschichte
vom 15. Jahrhundert bis zur Ge-
genwart
7. Auflage Stuttgart 1959
- HAUSMANN, Josef Das Deutsche Reich als Bundes-
staat
AöR Bd. 33 (1915) S. 82 ff
- HECKEL, Johannes Diktatur, Notverordnungsrecht,
Verfassungsnotstand
AöR n.F. Bd. 22 (1932) S. 257
ff
- HEFELE-SCHMIDT Bayerisches Beamten-gesetz. Kom-
mentar
Berlin 1961
- v.HELD, Joseph System des Verfassungsrechts
der monarchischen Staaten
Deutschlands mit besonderer
Rücksicht auf den Konstitutio-
nalismus
Bd. I Würzburg 1856

- HEMPPEL, Wieland Der demokratische Bundesstaat
Art. 20 Abs. 1 GG und seine Bedeutung für Zuständigkeitsvereinbarungen zwischen Bund und Ländern
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 96, Berlin 1969
- HENKEL, Heinrich Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts
München-Berlin 1964
- HENLE, Wilhelm Finanzreform zwischen Föderalismus und Fiskalpolitik
DÖV 1966 S. 608 ff
- HENNIS, Wilhelm Richtlinienkompetenz und Regierungstechnik
in: Recht und Staat 300/301 S. 7 ff, Tübingen 1964
- HENRICHS, Wilhelm Die Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung
DVBl. 1954 S. 728 ff
-
- Gemeinschaftsaufgaben, Bundesstaatsprinzip, kommunale Selbstverwaltung.
Herausgegeben von der Politischen Akademie Eichholz der Konrad-Adenauer-Stiftung für politische Bildung und Studienförderung e.V., Eichholz 1969, zit.: HENRICHS Gemeinschaftsaufgaben
- HERTL, Norbert Die Treupflicht der Länder gegenüber dem Bund und die Folgen ihrer Verletzung
Diss. Würzburg 1956
- HERZOG, Roman Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung
in: Der Staat Bd. 2 (1963) S. 399 ff, München 1963
-
- Bundes- und Landesstaatsgewalt im demokratischen Bundesstaat
in: DÖV 1962 S. 81 ff
- HESSE, Konrad Der unitarische Bundesstaat
Karlsruhe 1962
-
- Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht
in: AöR Bd. 77 S. 167 ff

- | | |
|---------------------------------------|--|
| HESSE, Konrad | Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes
in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 557 ff |
| --- | Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
3. Auflage 1969 Karlsruhe, zit.: HESSE Grundzüge |
| v.d.HEYDTE, Friedrich August Freiherr | Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither
in: VVDStRL Bd. 13 S. 6 ff |
| --- | Vorrang oder Subsidiarität der freien Jugendhilfe
Frankfurt/M. 1961, zit.: v.d. HEYDTE Vorrang |
| HUBER, Hans | Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts
in: Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht. Berner Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein 1955, Bern 1955 |
| HUBER, Ernst Rudolf | Bundesexekution und Bundesintervention
in: AöR Bd. 79 S. 51 ff |
| --- | Deutsche Verfassungsgeschichte
4 Bde., Stuttgart-Berlin 1957-1969 |
| HUECK, Alfred | Das Recht der offenen Handelsgesellschaft
3. Auflage Berlin 1964, zit.: HUECK oHG |
| HUECK-NIPPERDEY | Lehrbuch des Arbeitsrechts
7. Auflage Bd. I, Berlin und Frankfurt/M. 1963 |
| HÜTTL, Adolf | Kooperativer Föderalismus und Gemeinschaftsaufgaben
DVBl. 1967 S. 433 ff |
| IPSEN, Hans-Peter | Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstverwaltungsgarantie
DÖV 1955 S. 225 ff |
| --- | Rechtsfragen der Investitionshilfe
AöR Bd. 73 S. 284 ff |

- | | |
|----------------------|--|
| IPSEN, Hans-Peter | Enteignung und Sozialisierung
in: VVDStRL Bd. 10 S. 74 ff |
| ISENSEE, Josef | Subsidiaritätsprinzip und Ver-
fassungsrecht
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 80 |
| JELLINEK, Georg | System der subjektiven öffent-
lichen Rechte
Tübingen 1919 (Neudruck Aalen
1964) |
| --- | Allgemeine Staatslehre
5. Neudruck der Ausgabe von
1914, Berlin 1929 |
| JELLINEK, Walter | Gesetz, Gesetzesanwendung und
Zweckmäßigkeitserwägung. Zu-
gleich ein System der Ungültig-
keitsgründe von Polizeiverord-
nungen und -verfügungen
Tübingen 1913 |
| JESCH, Dietrich | Rechtsstellung und Rechts-
schutz der Gemeinden bei der
Wahrnehmung "staatlicher" Auf-
gaben
DÖV 1960 S. 739 ff |
| JUNKER, Ernst Ulrich | Die Richtlinienkompetenz des
Bundeskanzlers
Tübinger Studien zur Geschich-
te und Politik Nr. 20, Tübingen
1965 |
| KAISER, Gerhard | Zur Ableitung des Verfassungs-
prinzips des bundesfreundlichen
Verhaltens aus dem Begriff des
Bundesstaates
DÖV 1961 S. 653 |
| KAISER, Joseph | Die Repräsentation organisier-
ter Interessen
Berlin 1956 |
| --- | Die Erfüllung der völkerrecht-
lichen Verträge des Bundes
durch die Länder. Zum Konkor-
datsurteil des Bundesverfas-
sungsgerichts
ZausöRVR Bd. 18 S. 526 ff |
| KÄGI, Werner | Rechtsstaat und Demokratie (Anti-
nomie und Synthese)
in: Festschrift für Giacometti
1953 |

- KALKBRENNER, Helmut Zur Errichtung von Bundesober-
behörden nach Art. 87 Abs. 3 GG.
Zugleich eine Stellungnahme zum
Urteil des Bundesverfassungsge-
richts vom 24.7.1962
in: JZ 1963 S. 210 ff
- KELSEN, Hans Allgemeine Staatslehre
Berlin 1925
- Die Bundesexekution
in: Festschrift für Fritz Flei-
ner S. 127 ff, Tübingen 1927
- KEWENIG, Wilhelm Kooperativer Föderalismus und
bundesstaatliche Ordnung
AöR Bd. 93 S. 433 f
- KIPP, Heinrich Staatslehre
Mensch, Recht und Staat
2. Auflage 1949 Köln
- KLEIN, Franz Gemeinschaftsaufgaben zur Be-
wältigung der Staatsaufgaben im
föderativen Staatsaufbau
DÖV 1968 S. 153 ff
- KOELLREUTTER, Otto Deutsches Staatsrecht
Stuttgart 1953
- KÖLBLE, Josef Verwaltungsabkommen zwischen
Bund und Ländern
DÖV 1960 S. 650 ff
- Finanzreform und Bundesstaats-
prinzip
DÖV 1967 S. 1 ff
- Die hoheitliche Verwaltung des
Bundes und die Staatsgewalt der
Länder
DÖV 1962 S. 661 ff
- Grundgesetz und Landesstaatsge-
walt
DÖV 1962 S. 583 ff und 663 ff
- Die Lehre von den - still-
schweigend - zugelassenen Ver-
waltungszuständigkeiten des
Bundes
in: DÖV 1963 S. 660 ff

- KOMMISSION FÜR DIE FINANZREFORM Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland
Stuttgart, Köln, Berlin, Mainz
1966, zit.: Gutachten zur Finanzreform
- DER KONKORDATSPROZESS Hrgb. Giese Friedrich und v.d. Heydte Friedrich August Freiherr
Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V.
in Mainz, 4 Bände, München 1957 - 1959
- KONOW, Gerhard Zur Funktionsfähigkeit der bundesstaatlichen Verfassungsordnung
DÖV 1970 S. 22 ff
- Kooperativer Föderalismus und Gemeinschaftsaufgaben
DÖV 1966 S. 368 ff
- KÖTTGEN, Arnold Innerstaatliche Gliederung und moderne Gesellschaftsordnung
in: Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle S. 79 ff,
Göttingen 1961
- KOPP, O. Zur Geltungsgrundlage der Staatsverträge zwischen Ländern
JZ 1970 S. 278 ff
- KRATZER, Jakob Zu Art. 72 Abs. 2 und 125 des Grundgesetzes
in: DVBl. 1950 S. 396 ff
- v.KRAUSS, Rupprecht Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht
Hamburg 1955
- KRÜGER, Herbert Allgemeine Staatslehre
Stuttgart 1964
- Der Verfassungsschutz im Bundesstaat
in: DÖV 1960 S. 725 ff
- Verfassungsänderung und Verfassungsauslegung
in: DÖV 1961 S. 721 ff
- Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung
in: DVBl. 1951 S. 361 ff

- KRÜGER, Herbert Völkerrecht im Bundesstaat
in: Um Recht und Gerechtigkeit
(Festschrift für Erich Kaufmann)
Stuttgart/Köln 1950 S. 239 ff
- KÜCHENHOFF, Erich Ungeschriebene Bundeszuständig-
keiten und Verfassungsauslegung
DVBl. 1951 S. 585 ff, 617 ff
- KÜCHENHOFF, Günther Zuständigkeitsgrenzen in der
Jugend- und Sozialhilfe. Bemerkun-
gen zum Urteil des Bundes-
verfassungsgerichts vom 18.7.
1967
in: NJW 1968 S. 433 ff
- Bund und Gemeinde
in: BayVBl. 1958 S. 65 ff und
101 ff
- KÜCHENHOFF, Günther Allgemeine Staatslehre
und Erich 6. Auflage Stuttgart 1967
- LABAND, Paul Der Bundesrat
in: DJZ 1911 S. 1 ff
- Das Staatsrecht des Deutschen
Reiches
5. Auflage in 4 Bänden, Tübin-
gen 1911 ff
- LARENZ, Karl Allgemeiner Teil des Deutschen
Bürgerlichen Rechts
München 1967
- Lehrbuch des Schuldrechts
2 Bände, 2. Bd. Besonderer Teil
8. Auflage München und Berlin
1967
- LECHNER, Hans Die Stellung der Länder im Bund
in: BayBgm. 1949 S. 169 ff
- Bundesverfassungsgerichtsgesetz
Kommentar
München-Berlin 1954
- LEIBHOLZ, Gerhard Strukturprobleme der modernen
Demokratie
3. Auflage Karlsruhe 1967
- Die Gleichheit vor dem Gesetz
2. Auflage München-Berlin 1959
zit.: LEIBHOLZ Gleichheit

- LERCHE, Peter Zum Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts
BayVBl. 1958 S. 231 ff
- Übermaß und Verfassungsrecht.
Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit
Köln, Berlin, München, Bonn 1961
- Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip
VVDStRL Heft 21 S. 66
- LIEBRECHT, Heinz Der kooperative Föderalismus
DVBl. 1967 S. 72 ff
- Zur Rechtfertigung des Föderalismus heute und zu den Grenzen zulässiger Länderkooperation.
Eine Tagung in Loccum, Bericht und Betrachtung
in: DVBl. 1969 S. 97 ff
- LOEWENSTEIN, Karl Erfordert der Eintritt der Deutschen Bundesrepublik in die Europäische Verteidigungsgemeinschaft gem. dem Vertrag vom 27. Mai 1952 eine Änderung oder Ergänzung des Wortlauts des Grundgesetzes vom 23. Mai 1949? Gutachten
Wehrbeitrag II S. 337 ff
- LÜCHINGER, Hans Georg Die Auslegung der Schweizer Bundesverfassung
Zürich 1954
- v.MANGOLDT, Hermann Das Bonner Grundgesetz. Kommentar
Berlin und Frankfurt 1953
- v.MANGOLDT-KLEIN Das Bonner Grundgesetz. Kommentar
2. Auflage Bd. 1 1959, Bd. 2 1964, Berlin und Frankfurt
- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht
16. Auflage 1968
- Pflicht der Länder zur Uneinigkeit?
NJW 1962 S. 1641
- Die Verfassungsmäßigkeit der Finanzreform
NJW 1968 S. 2033 ff

- MAUNZ, Theodor Die Richtlinien der Politik im Verfassungsrecht; II. Inhalt und Anwendung des Begriffs in: BayVBl. 1956 S. 260 ff
- Verfassungsinhalt und Verfassungswirklichkeit BayVBl. 1969 S. 1 ff
- MAUNZ-DÜRIG Grundgesetz. Kommentar 2 Bände, Loseblattsammlung, Stand Mai 1969
- MAYER, Otto Deutsches Verwaltungsrecht 3. Auflage Band 1 München und Leipzig 1924
- Republikanischer und monarchischer Bundesstaat AÖR Bd. 18 (1903) S. 337 ff
- MENGER, Christian-Friedrich Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 42 ff
- Der Begriff des sozialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz in: Recht und Staat 173 S. 28
- MERKL Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit VVDStRL Bd. 5 S. 1 ff, Aussprache S. 97 ff
- MEYER-ANSCHÜTZ Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts 1. Teil 7. Auflage München und Leipzig 1914, 2. Teil München und Leipzig 1917
- v.MOHL, Robert Encyklopädie der Staatswissenschaften 2. Auflage Tübingen 1872
- MOSER, J.J. Teutsches Staatsrecht X Bände 1740
- MÜLLER, Berthold Die Beziehungen der Gliedstaaten im Bundesstaatsrecht (Neue Deutsche Forschungen; Abt. Staats-Verwaltungs-Kirchen-Völkerrecht und Staatstheorie) Bd. 7, Berlin 1936, zit.: Rechtsbeziehungen

- MÜLLER, Max Freiheit
Staatslexikon Bd. 3 Sp. 528
ff
- v.MÜNCH, Ingo Staatliche Wirtschaftshilfe
und Subsidiaritätsprinzip
in: JZ 1960 S. 303 ff
- NAWIASKY, Hans Staatslehre 4 Bände
Einsiedeln-Zürich, Köln 1952-
1958
- Die Grundgedanken des Grundge-
setzes für die Bundesrepublik
Deutschland
Stuttgart/Köln 1950
- Der Bundesstaat als Rechtsbe-
griff
Tübingen 1920, zit.: NAWIASKY
Bundesstaat
- NELL-BREUNING, Os- Subsidiaritätsprinzip
wald von Staatslexikon Bd. 7 Sp. 826 ff
- NEUMARK, Fritz Wo steht die Fiscal Policy heu-
te?
in: Finanzarchiv n.F. Bd. 19 S.
46 ff, Tübingen 1958/59
- NEUNREITHER, Karl- Der Bundesrat zwischen Politik
heinz und Verwaltung
Studien zur Politik Bd. 2, Hei-
delberg 1959
- NIPPERDEY in: HUECK-NIPPERDEY Lehrbuch
des Arbeitsrechts
7. Auflage Berlin und Frankfurt
Bd. 1 (1963) Bd. 2 (1967)
- OSSENBUHL, Fritz Verwaltungsvorschriften und
Grundgesetz
Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zü-
rich 1968
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch
bearbeitet von B.Danckelmann,
M.Degenhart, H.Gramm, Th.Kei-
del, W.Lauterbach
27. Auflage München 1968
- PATZIG, Werner Der kooperative Föderalismus.
Anmerkungen zum Sachverständigen-
gutachten über die Finanzreform
DVBl. 1966 S. 389 ff

- PATZIG, Werner Verfassungsrechtliche Betrachtungen zum Entwurf eines "Stabilisierungsgesetzes"
in: DVBl. 1966 S. 672 ff
- PEASLEE, Amos J. Constitutions of Nations
Vol. I Africa, 3rd Edition
1965
- PETERS, Hans Die Rechtslage von Rundfunk und Fernsehen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Februar 1961
Gütersloh 1961, zit.: PETERS
Rundfunk und Fernsehen
- PFEIFFER, Anton Der Bund und die Länder
in: DÖV 1949 S. 263 ff
- PFEIFFER, Gerd Selbstkoordinierung und Gemeinschaftseinrichtungen der Länder
in: NJW 1962 S. 565 ff
- PLANIOL-RIPERT Traité Pratique de Droit Civil Français
Bd. VI Obligations, Paris 1930
- PLOETZ-SANTE Geschichte der Deutschen Länder "Territorien-Ploetz" Bd. 1
Würzburg 1964
- POETZSCH/HEFFTER Handkommentar der Reichsverfassung vom 11. August 1919
3. Auflage Berlin 1928
- REDEKER-v.OERTZEN Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar
3. Auflage Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1969
- RIDDER, Helmut Anmerkung zum Urteil des OVG Münster vom 14.2.1962 (Wahlbeeinflussung durch Hirtenbriefe der katholischen Bischöfe)
Urteil: JZ 1962 S. 767 ff
Anmerkung: JZ 1962 S. 771 ff
- ROELLENBLEG Zwischengliedstaatliche Verträge und Institutionen
in: DÖV 1968 S. 225 ff
- RUCK, Erwin Schweizerisches Staatsrecht
3. erweiterte Auflage Zürich
1957

- RUDOLF, Walter Bund und Länder im aktuellen
deutschen Verfassungsrecht
Bad Homburg v.d.H.-Berlin-
Zürich 1968
- Internationale Beziehungen der
Bundesländer
AVR 1966 S. 53 ff
- RUPP, Hans G. Zum Problem der Bundestreue im
Bundesstaat
Festschrift Carlo Schmid 1962
S. 146 ff
- SACHAU, Manfred Wehrhoheit und Auswärtige Gewalt
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 61 Berlin 1967
- SCHÄFER, Hans Wie steht es um unsere bundes-
staatliche Ordnung?
in: NJW 1961 S. 1281 ff und
1449
- Die selbständige Bundesaufsicht
nach dem Grundgesetz. Buchbe-
sprechung von Froweins gleich-
namiger Monografie
DVBl. 1961 S. 603
- Rezension von H.W.Bayer: Die
Bundestreue
in: DVBl. 1962 S. 189 f
- Bundesaufsicht und Bundeszwang
AöR 78 S. 1
- SCHEUNER, Ulrich Die föderalistische Ordnung in
den Vereinigten Staaten und der
Schweizer Eidgenossenschaft
in: Föderalistische Ordnung
Koblenz 1961
- Die Rechtsprechung des Bundes-
verfassungsgerichts
DVBl. 1952 S. 613 ff und 644 ff
- Konrad Hesse, Der unitarische
Bundesstaat
Besprechung in DÖV 1963 S. 197
f
- Die rechtsstaatliche Ordnung
des Grundgesetzes
in: Der Rechtsstaat, Angebot
und Aufgabe, München 1964,
zit.: Der Rechtsstaat

- SCHEUNER, Ulrich Bildungsplanung und ihre
Rechtsgrundlagen
DÖV 1965 S. 541 ff
- Die neuere Entwicklung des
Rechtsstaats in Deutschland
in: Rechtsstaatlichkeit und
Sozialstaatlichkeit S. 461 ff
- Probleme und Verantwortungen
der Verfassungsgerichtsbarkeit
in der Bundesrepublik
DVBl. 1952 S. 294 ff
- Struktur und Aufgabe des Bun-
desstaats
DÖV 1962 S. 641 ff
- SCHINZLER, Hans-
Jürgen Die Aufgaben und die Zuständig-
keiten des Bundes auf dem Ge-
biet der Entwicklungshilfe.
Ein Beitrag zum Bund-Länder-
Verhältnis unter besonderer
Berücksichtigung der Lehre von
den ungeschriebenen Bundeszu-
ständigkeiten und der auswärti-
gen Gewalt des Bundes.
Diss. Würzburg 1968
- SCHMIDT, Joachim Der Bundesstaat und das Verfas-
sungsprinzip der Bundestreue
Diss. Würzburg 1966
- SCHMIDT, Walter Das Verhältnis von Bund und
Ländern im demokratischen Bun-
desstaat des Grundgesetzes
in: AöR 87 S. 253 ff
- SCHMIDT-BLEIBTREU-
KLEIN Kommentar zum Grundgesetz
2. Auflage Neuwied und Berlin
1969
- SCHMITT, Carl Verfassungslehre
München-Leipzig 1928
- Die geistesgeschichtliche Lage
des heutigen Parlamentarismus
2. Auflage Berlin 1926, zit.:
SCHMITT Parlamentarismus
- SCHNEIDER, Hans Staatsverträge und Verwaltungs-
abkommen zwischen deutschen Bun-
desländern
DÖV 1957 S. 644 ff

- SCHNORR, Gerhard Die Rechtsidee im Grundgesetz.
Zur rechtstheoretischen Präzisierung des Art. 20 Abs. 3 GG
in: AöR Bd. 85 S. 121 ff
- SCHOLLER, Heinrich Die Interpretation des Gleichheitssatzes als Willkürverbot
oder als Gebot der Chancengleichheit
Schriften zur Rechtstheorie
Heft 16 Berlin 1969
- SCHOLTISSEK, Herbert Verfassungsprobleme zu Eingemeindungen
DVBL. 1968 S. 825 ff
- SCHÖNE, Siegfried Von der Reichskanzlei zum Bundeskanzleramt
Beiträge zur politischen Wissenschaft Bd. 5 Berlin 1968
- SCHRÖCKER, Sebastian Ungeschriebenes Verfassungsrecht im Bundesstaat
in: Der Staat Bd. 5 (1966) S. 137 ff und 315 ff
- SCHÜLE, Adolf Treu und Glauben im deutschen Verwaltungsrecht
in: Verw.Arch.Bd.38 (1933) S. 399 ff
- Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen
Reichsstaatsgerichtsbarkeit
Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht
Heft 19 Berlin 1932
- SCHULZ-SCHAEFFER Die Staatsform der Bundesrepublik Deutschland. Versuch
einer Theorie des materialen Rechtsstaates
Schriften zum öffentlichen Recht
Bd. 36 Berlin 1966
- SEIBERT, Gerhard Die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das
Grundgesetz
Diss. Marburg 1966
- v.SEYDEL, Max Staatsrechtliche und politische Abhandlungen
Herausgegeben von Karl Krazeisen
2 Bände Tübingen-Leipzig 1902
- Der Bundesstaatsbegriff
in: Zges.Staatsw. 28 (1872)
S. 185 ff

- SIEBERT, Wolfgang Verwirkung und Unzulässigkeit
der Rechtsausübung
Marburg 1934
- SMEND, Rudolf Ungeschriebenes Verfassungs-
recht im monarchischen Bundes-
staat
in: Staatsrechtliche Abhandlun-
gen S. 39 ff (1916)
- Die Zuständigkeit des Reichs-
tags in der braunschweigischen
Frage
in: DJZ 1913 S. 1347 ff
- Die politische Gewalt im Verfas-
sungsstaat und das Problem der
Staatsform
in: Festgabe der Berliner Juri-
stischen Fakultät für Wilhelm
Kahl Teil III, Berlin 1923
- SOERGEL-SIEBERT Bürgerliches Gesetzbuch mit Ein-
führungsgesetz und Nebengesetzen
16. Auflage Bd. 2 Stuttgart-
Berlin-Köln-Mainz 1967
- SONN, Peter Die auswärtige Gewalt des Glied-
staates im Bundesstaat
Institut für internationales
Recht an der Universität Kiel
Kiel 1960
- SRBIK, Heinrich
Ritter von Deutsche Einheit. Idee und Wirk-
lichkeit vom Heiligen Reich bis
Königgrätz
4 Bände München 1935 bis 1942
- SPANNER, Hans Die Rechtskontrolle des bundes-
freundlichen Verhaltens
DÖV 1961 S. 481 ff
- STAATSLEXIKON Recht Wirtschaft Gesellschaft
8 Bände, herausgegeben von der
Görres-Gesellschaft, 6. Auflage
Freiburg 1957-1963
- STAUDINGER-WEBER Recht der Schuldverhältnisse
Teil 1 b § 242, 11. Auflage
Berlin 1961
- STEIN, Ekkehart Lehrbuch des Staatsrechts
Tübingen 1968
- STERN, Klaus Gesetz zur Förderung der Stabi-
lität und des Wachstums der Wirt-
schaft
in: DÖV 1967 S. 657 ff
- Die Neufassung des Art. 109 GG
in: NJW 1967 S. 1831 ff

- STERN, Klaus Die verfassungsrechtliche Position der kommunalen Gebietskörperschaften in der Elektrizitätsversorgung
Studien zum öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre Bd. 1
Berlin, Frankfurt 1966
- STERN-PÜTTNER Die Gemeindewirtschaft. Recht und Realität
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1965
- SÜSTERHENN, Adolf Föderalismus in Freiheit
in: Föderalistische Ordnung S. 27 ff
- SÜSTERHENN-SCHÄFER Verfassung von Rheinland-Pfalz
Koblenz 1950
- THIEME, Werner Der Finanzausgleich im Rundfunkwesen
AöR Bd. 88 S. 38 ff
- Subsidiarität und Zwangsmitgliedschaft. Erwägungen zur Verfassungsmäßigkeit der Arbeitskammer des Saarlandes
Saarbrücken 1962
- THOMA, Richard Gutachten über die Frage, ob vor Verabschiedung des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag über die Gründung der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft vom 27.5.1952 das Grundgesetz geändert oder ergänzt werden muß
Wehrbeitrag II S. 155 ff
- TIEMANN, Burkhard Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in verfassungsrechtlicher Sicht
Diss. München 1969
- TREITSCHKE, Heinrich von Bundesstaat und Einheitsstaat
in: Historische und politische Aufsätze Bd. 2 S. 77 ff Leipzig 1871
- TRIEPEL, Heinrich Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Beiträge zur Auslegung des Art. 19 der Weimarer Reichsverfassung
in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, zit.: Festschrift für Kahl

- TRIEPEL, Heinrich Unitarismus und Föderalismus
im Deutschen Reiche
Tübingen 1907
- Völkerrecht und Landesrecht
Leipzig 1899, Neudruck 1958
Aalen
- Die Reichsaufsicht. Untersu-
chungen zum Staatsrecht des
Deutschen Reiches
Berlin 1917
- Die Kompetenzen des Bundesstaa-
tes und die geschriebene Ver-
fassung.
Festschrift für Paul Laband zum
50. Jahrestage der Doktor-Promo-
tion. Bd. II S. 247 ff
- ULE, Carl Hermann Verwaltungsprozeßrecht
4. Auflage München-Berlin 1966
- USTERI, Martin Theorie des Bundesstaates
Diss. Zürich 1954
- van der VEN, J.J.M. Die geistige Freiheit als rechts-
staatliches Prinzip und als
staatsrechtliche Norm
in: Gedächtnisschrift Hans Pe-
ters S. 157 ff, Berlin-Heidel-
berg-New York 1967
- VERDROSS, Alfred Völkerrecht
5. Auflage 1964
- VOIGT, Alfred Ungeschriebenes Verfassungs-
recht
VVDStRL Bd. 10 S. 33
- WAGNER, Heinz Um ein neues Verfassungsver-
ständnis. Gedanken zur 15.
Grundgesetzänderung
in: DÖV 1968 S. 604 ff
- WEBER, Werner Staats- und Selbstverwaltung
in der Gegenwart
Göttingen 1953
- Die Teilung der Gewalten als
Gegenwartsproblem
in Festschrift C. Schmitt S.
253 ff, Berlin 1959

- WENGLER Völkerrecht und Reichskonkordat
von 1933
in: Konkordatsprozeß S. 886 ff
- WERNER, Fritz Über Tendenzen der Entwicklung
von Recht und Gericht in unse-
rer Zeit
Karlsruhe 1965, zit.: WERNER
Tendenzen
- WERNER, Peter Wesensmerkmale des Homogeni-
tätsprinzips und ihre Ausge-
staltung im Bonner Grundgesetz
Berlin-Frankfurt 1967, zit.:
WERNER Homogenitätsprinzip
- WESSEL Die Verwaltung
in: Deutsche Verwaltung 1949 S.
327 ff
- WIEACKER, Franz Zur rechtstheoretischen Präzi-
sierung des § 242 BGB
in: Recht und Staat in Geschich-
te und Gegenwart 193/194, Tübin-
gen 1956
- WINTRICH-LECHNER Die Verfassungsgerichtsbarkeit
in: Grundrechte Bd. 3/II S.643 ff
herausgegeben von Bettermann-
Nipperdey-Scheuner
- WITTIG, Peter Zum Standort des Verhältnismäßig-
keitsgrundsatzes im System des
Grundgesetzes
DÖV 1968 S. 817 ff
- WITTKÄMPER Grundgesetz und Interessenver-
bände
Köln 1963
- WOLFF, Hans J. Verwaltungsrecht I
7. Auflage München-Berlin 1968
- Rechtsgrundsätze und verfas-
sungsgestaltende Grundentschei-
dungen als Rechtsquellen
in: Gedächtnisschrift für Wal-
ter Jellinek S. 33 ff
- ZEIDLER, Karl Schranken nicht hoheitlicher
Verwaltung
in: VVDStRL Bd. 19 S. 208 ff
- Gedanken zum Fernsehurteil des
Bundesverfassungsgerichts
AöR Bd. 86 S. 361 ff

- ZEUMER, Karl Quellensammlung zur Geschichte
der Deutschen Reichsverfassung
in Mittelalter und Neuzeit
Leipzig 1904
- ZINN, Georg August Der Bund und die Länder
in: AöR Bd. 75 S. 291 ff
- ZIPPELIUS, Reinhold Das Verbot übermäßiger gesetz-
licher Beschränkung von Grund-
rechten
DVB1. 1956 S. 353 ff
- ZITZELSBERGER, Walter Die Pflicht der Länder zur Ge-
setzgebung
Diss. München 1969
- ZUCK, Rüdiger Verfassungsrechtliche Probleme
des Stabilitätsgesetzes
in: JZ 1967 S. 694 ff
-

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AvR	Archiv für Völkerrecht
BayBG	Bayerisches Beamtengesetz
BayBgm.	Der Bayerische Bürgermeister
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
bes.	besonders
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHSt	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen, amtliche Sammlung
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen, amtliche Sammlung
BK	Bonner Kommentar
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DV	Deutsche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Fußn.	Fußnote

GG	Grundgesetz
GVOBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HGB	Handelsgesetzbuch
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRWLVerfG	Landesverfassungsgericht von Nordrhein-Westfalen
ÖBV	Österreichische Bundesverfassung
Rdz.	Randziffer
RV	Reichsverfassung von 1871
S.	Seite
s.	siehe
Sp.	Spalte
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZausÖRVR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
zit.	zitiert
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Einleitung

Um die Bundestreue ist es in den letzten Jahren vergleichsweise still geworden; stand sie etwa in der ersten Dekade des nachkriegsdeutschen Bundesstaates oft im Mittelpunkt der Auseinandersetzungen zwischen Bund und Ländern, so scheint sie in der Praxis weitgehend in den Hintergrund getreten zu sein. Seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Fernsehstreit hat das Gericht keine grundlegenden Ausführungen mehr zu diesem, dem "Bundesstaat immanenten Rechtsinstitut" gemacht. Dies mag zum Teil im Rückgang der großen politischen Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern liegen, die in den Anfangsjahren eines noch nicht konsolidierten Staatswesens die Szenerie vor dem Bundesverfassungsgericht bestimmten. Mit dem Ausbau und der Verfestigung des deutschen Bundesstaates sind viele Konfliktmöglichkeiten schon an der Wurzel ausgeschlossen worden. Die Fälle, in denen auf dem Umweg über das Bundesverfassungsgericht eine zur Bundesregierung in Opposition stehende Landesregierung - oder umgekehrt - politische Entscheidungen herbeiführen wollte, sind selten geworden. Lediglich die gegen das Land Hessen seitens des Bundes 1970 angestrebte Klage wegen des hessischen Richterbesoldungsgesetzes unter Berufung auf die Bundestreue wird dem Bundesverfassungsgericht nach langer Zeit wieder einmal Gelegenheit geben, zur Bundestreue Stellung zu nehmen. Diese Entscheidung wird man mit um so größerer Spannung erwarten dürfen, als in den letzten Jahren im Schrifttum einige Stimmen laut geworden sind, die eine grundsätzliche Kritik an diesem Institut üben und bis zu seiner Negierung gehen. Demgegenüber kann für die überwiegende Meinung in der Lehre festgestellt werden, daß sie die Bundestreue als Rechtsinstitut bejaht und sie zur Entscheidung von Rechts-

fragen heranzieht, wie insbesondere die langjährige Diskussion zur Finanzreform, den Gemeinschaftsaufgaben und anderen damit zusammenhängenden Fragen bewiesen hat, ohne dort aber im Mittelpunkt des Interesses zu stehen.

Um so erstaunlicher ist das Fehlen einer kritischen Auseinandersetzung mit der Bundestreue in letzter Zeit. Seit dem Erscheinen der Monographie BAYERs zur Bundestreue (1961) ist eine gewisse Pause in der Diskussion der grundlegenden Probleme eingetreten. In dieser Zeit relativer Ruhe scheint es angebracht zu sein, die Frage nach den Rechtsgrundlagen eines Instituts neu zu stellen, das in der Verfassungswirklichkeit einen festen Platz eingenommen hat, dessen Verankerung aber Zweifeln ausgesetzt ist. Die bisher vorgetragenen Meinungen, die die Bundestreue mit dem "Wesen des Bundesstaates" verknüpfen, werden sich dabei als wenig tragfähig herausstellen. Daher soll hier der Versuch unternommen werden, die Bundestreue mit einem Grundprinzip unseres Staates in Verbindung zu setzen, das von keiner Seite ernsthaft angezweifelt wird, dem Rechtsstaatsgedanken. Gelänge der Brückenschlag zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und der Bundestreue, so würde ersterem ein nicht unwesentlicher Bereich erschlossen. Es würde die Anwendung rechtsstaatlicher Grundsätze nicht auf das Verhältnis Staat - Individuum beschränkt bleiben, sondern auf das Bund-Länder-Verhältnis ausgedehnt werden.

T e i l A

§ 1

Die Begriffsbezeichnung der Bundestreue

In Lehre und Rechtsprechung werden neben dem Wort "Bundestreue" eine ganze Reihe verschiedener Ausdrücke verwendet, die teilweise das gleiche meinen, teilweise aber der Bundestreue auch von der Sache her eine andere Bedeutung beilegen. Aus der Zeit der Reichsgründung soll nur die Ausdrucksweise TREITSCHKEs erwähnt werden, der vom "eidgenössischen Rechtsinn" spricht, der im republikanischen Bundesstaat die s i t t l i c h e Grundlage jeden Bundes sein soll (1).

SMEND (2) spricht außer von Bundestreue auch von bundesfreundlicher Vertragstreue (3) und bundesfreundlicher Gesinnung. Daneben kommen die Wendungen "Bundesfreundlichkeit" (4), bundesfreundliches Verhalten (5) und bundesfreundliche Haltung (6) vor, ebenso aber auch die Ausdrücke föderativer Sprachgebrauch und föderativer Stil (7).

BILFINGER spricht von "Bundesfreundlichkeit" (8), bundesfreundlicher Verständigung (9) und bundesfreundlicher Behandlung (10). Entsprechend der von BILFINGER

-
- 1) TREITSCHKE Bundesstaat und Einheitsstaat S. 157, 159, 233;
 - 2) SMEND Ungeschriebenes Verfassungsrecht a.a.O. S. 51 ff;
 - 3) SMEND a.a.O. S. 51;
 - 4) SMEND Verfassung und Verfassungsrecht a.a.O. S. 229;
 - 5) SMEND a.a.O. S. 272;
 - 6) SMEND a.a.O. S. 271;
 - 7) SMEND a.a.O. S. 49;
 - 8) BILFINGER ZausÖRVR Bd. 1 I S. 79;
 - 9) BILFINGER HdbDStR I S. 550 Anm. 30;
 - 10) BILFINGER Einfluß der Einzelstaaten S. 57;

gesehenen Rechtsgrundlage der Bundestreue formuliert er sie auch als loyales und bündisches Verhalten (1).

Von "Reichsfreudigkeit" spricht BECKER (2), "Loyalität" und "eidgenössische Gesinnung" verwendet THOMA (3) als Bezeichnungen neben dem Wort "Reichstreue" (3).

Den Treuegedanken stellt die Ausdrucksweise KRÜGERS (4) in den Vordergrund mit "Treuepflicht".

Neuerlich hat LERCHE den Vorschlag gemacht, die Bezeichnung "Bundessinn" zu verwenden, hierdurch werde der der "Bundestreue" anhaftende "nibelungenhafte Beigeschmack" genommen (5) und außerdem eine Distanzierung von den "entstehungsgeschichtlichen Hypotheken wie Bundesvertragstreue" (6) erreicht.

Zwischen Bundestreue als bundesrechtlicher Grundkategorie und bundesfreundlichem Verhalten, das darüber hinausgeht, und "z.B. auch zwischen den Ländern" gilt, möchte SCHEUNER (7) trennen. Er möchte unterscheiden zwischen einer Rechtspflicht der Treue zwischen Bund und Ländern und dem weiteren Bereich der Freundlichkeit, Höflichkeit, mit der sich Bund und Länder begegnen, "bis in den Bereich hinein, wo keine Rechtspflicht, sondern nur die comitas gentium, eine Höflichkeit, eine gute Sitte in Frage steht" (8).

Hier bleibt offen, wo die Rechtspflicht endet und die bloße Höflichkeit usw. beginnt.

Die Terminologie des Bundesverfassungsgerichts ist

1) BILFINGER ZausÖRVR Bd. 1 S. 74 Anm. 30;

2) Föderalistische Tendenzen S. 31;

3) THOMA HdbDStR I S. 184;

4) KRÜGER - Festschrift für Kaufmann S. 242;

5) LERCHE VVDStRL 21 S. 88;

6) LERCHE a.a.O.

7) SCHEUNER Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1645;

8) SCHEUNER a.a.O. S. 1646;

nicht einheitlich. Es spricht häufig von der Rechtspflicht zu "bundesfreundlichem Verhalten" (1), jedoch taucht auch bereits in Bd. 3 S. 57 die Bezeichnung Bundestreue auf, die im Konkordatsurteil beibehalten und seitdem immer wieder verwendet wird (2). Beide Begriffe stehen völlig gleichberechtigt nebeneinander. Ein sachlicher Unterschied wird zwischen ihnen nicht gemacht; auch die Formulierung der Bundestreue als "verfassungsrechtliche Pflicht zu b u n d e s - treuem (3) Verhalten" (4) schließt nicht die Gegenseitigkeit der Verpflichtung aus, die sich Bund und Länder einander schulden.

Es ist zu begrüßen, wenn LERCHE durch seinen Vorschlag, "Bundestreue" durch "Bundessinn" zu ersetzen, die entstehungsgeschichtliche Hypothek der Bundesvertragstreue bereits aus der Bezeichnung des Instituts tilgen möchte. Dennoch soll an dem Namen Bundestreue festgehalten werden, da dieser allgemein anerkannt und verbreitet ist.

Die Entwicklung des Instituts

§ 2

I. Die Bundestreue als politisches Instrument im Kaiserreich von 1871

Das Institut der Bundestreue reicht in seiner geschichtlichen Entwicklung bis in die Anfänge des Kaiserreichs zurück. Auf eine ausführliche historische Darlegung soll hier bewußt verzichtet

-
- 1) BVerfG 1 S. 315 unter Berufung auf SMEND, Bd. 8 S. 140, Bd. 12 S. 254;
 - 2) BVerfG 6 S. 361, 13 S. 75;
 - 3) Hervorhebung nur hier;
 - 4) BVerfG 21 S. 326;

werden (1).

Es muß aber hervorgehoben werden, daß man in der Bundestreue in nahezu der gesamten Zeitdauer des Kaiserreichs ein überwiegend p o l i t i s c h e s Institut sah. Dies verwundert kaum, war doch auch die Reichsgründung selbst ein Akt von eminent politischer Bedeutung in der deutschen Geschichte. Aber gerade auch in der Art der Reichsgründung von 1871 erblickte man die Grundlage für die Bundestreue.

1. Die Äußerungen Bismarcks

Der staatsrechtlichen Formung des Deutschen Reichs von 1871 waren die sog. Novemberverträge des Jahres 1870 vorausgegangen.

Auf diese geschichtliche Tatsache wird immer wieder zurückgegriffen, wenn von der Bundestreue oder vom bundesfreundlichen Verhalten die Rede ist. Schon 1869 hatte Bismarck in seiner Reichstagsrede vom 16. April den vertragsmäßigen Standpunkt herausgestellt, "indem die Bundesverfassung in ihrer ersten Basis auf Staatsverträgen beruht, von deren Geist man geglaubt hat, daß sie durchdrungen bleiben würde" (2) (3).

In Anlehnung an den Begriff des "föderativen Sprachgebrauchs" und unter Hinweis auf die Streitfragen zur vertraglichen oder gesetzlichen Grundlage der Reichsverfassung von 1871 (4) zitiert FICKER (5) Reden des Reichskanzlers, die wiederholt die Begriffe

-
- 1) Die geschichtliche Entwicklung wird ausführlich dargestellt von BAYER Bundestreue S. 3 ff und SCHROCKER Der Staat Bd. 5 S. 143 ff;
 - 2) zitiert nach O.MAYER AöR 18 S. 364;
 - 3) gemeint sind die Augustverträge von 1866, durch die die Gründung des Norddeutschen Bundes vorbereitet wurde;
 - 4) Vgl. dazu TRIEPEL Unitarismus S. 22, DAMBITSCH S. 7 f;
 - 5) FICKER S. 116;

"Grundprinzipien der Bündnisverträge", "unverbrüchliche Vertragstreue der deutschen Fürsten" verwenden (1). Hierbei handelt es sich in erster Linie um politische Äußerungen mit politischer Zielsetzung und politischer Argumentation. Es wäre verfehlt, diese Reden zur rechtlichen Konstruktion der Bundestreue zu verwenden (2), sie lassen aber deutlich erkennen, daß zumindest der Hintergrund des damals überwiegend politisch (3) verstandenen Instituts der Bundestreue die Verträge der deutschen Regierungen von 1870 waren (4).

Aber nicht nur die Politiker erachteten die Bundestreue als politische Maxime.

Bedeutende Staatsrechtler wie TRIEPEL (5) sehen in der Bundestreue - als Vertragstreue - nichts anderes als ein Politikum, "ohne daß doch der R e c h t s - g r u n d (6) der Verfassung in dem Verfassungspaktum zu finden wäre" (7). Dabei hat der politische Grundsatz der Vertragstreue seinen Wirkungsgrund in den p s y c h o l o g i s c h e n (8) Bindungen, die sich aus der Tatsache des Vertragsschlusses ergeben.

1) FICKER a.a.O.

2) Vgl. FICKER S. 118;

3) besonders deutlich Bismarck "Die Basis (des Bundesverhältnisses) soll das Vertrauen zu der Vertragstreue Preußens sein, und dieses Vertrauen darf nicht erschüttert werden, so lange man uns die Vertragstreue hält", zitiert nach TRIEPEL Unitarismus S. 30;

4) Um Mißverständnissen vorzubeugen, weist BAYER S. 6 zutreffend darauf hin, daß man aus diesen Äußerungen Bismarcks nicht eine föderalistische Einstellung entnehmen darf; vgl. auch FICKER S. 118;

5) TRIEPEL Unitarismus S. 29 f;

6) Hervorhebung dort;

7) TRIEPEL a.a.O.

8) Hervorhebung nur hier;

Die Auffassung, daß der Rechtsgrund der Verfassung nicht in dem Verfassungspaktum zu finden sei, geht auf den Streit nach dem Vertragscharakter der RV zurück (1). Während ein Teil der Lehre das Fortbestehen der Gründungsverträge bejahte (2), verneinte die wohl überwiegende Meinung eine rechtliche Verbindlichkeit der Verträge, da diese durch Erfüllung erloschen seien (3). TRIEPEL hält die Tatsache der Vertragsschlüsse nur noch relevant für die Frage nach dem Grund der Geltung des Rechts. Nach ihm "gilt" das Recht, "weil wir uns innerlich dem Willen, aus dem es fließt, unterworfen fühlen. Das Abhängigkeitsgefühl der Rechtsuntertanen gegenüber der Rechtsquelle ist der Geltungsgrund des Rechts" (4). Indem Bismarck den Inhalt der Verfassung auf die **V e r e i n b a r u n g** mit anderen Staaten gründete, bewirkte er, daß den Gliedern des Reichs die Verfassung nicht mehr als Machtanspruch eines die Gunst der Lage ausnutzenden Siegers, sondern als eine selbstgesetzte Norm erscheint. An diese fühlten sie sich gebunden, weil sie sich ihr aus freien Stücken unterworfen haben (5). Dies sei es auch, was unter den "vertragsmäßigen" oder "föderativen" Grundlagen des Reichs allein verstanden werden könne. Die föderative Grundlage sei nichts anderes als die geschichtliche Tatsache, daß die Verfassung mit dem Willen aller Einzelstaaten ins Leben gerufen worden ist.

1) s. TRIEPEL a.a.O. S. 22 ff;

2) v. SEYDEL Bundesstaatsbegriff S. 185 ff (239-242);

3) TRIEPEL Unitarismus S. 21; ANSCHÜTZ in HdbDStR I S. 67 f; HARNEL Studien Bd. I S. 89;

4) TRIEPEL a.a.O. S. 25 f;

5) TRIEPEL a.a.O. S. 29, Hervorhebung dort;

2. Der Fall Braunschweig 1884/85

So verwundert es auch wenig, wenn die Bundestreue gerade in den politisch brisanten Streitfällen des Kaiserreichs eine gewisse Rolle spielte. Dazu gehört insbesondere der auch heute immer noch zitierte "Fall Braunschweig" (1), in dem das Vertrauensverhältnis der Bundesglieder zueinander einer ersten Belastungsprobe unterzogen wurde (2), als der Herzog von Cumberland die Thronfolge antreten wollte. Er gehörte nicht nur einem in Deutschland nicht mehr regierenden Herrschaftshaus an, sondern stellte auch Gebietsforderungen an Preußen hinsichtlich Hannover (3). War die Frage der Thronfolge auch grundsätzlich eine Angelegenheit des Einzelstaates (4), so rief doch der braunschweigische Regentschaftsrat den Bundesrat an (5), damit er "dem Staate Braunschweig in Gestaltung der Regierungsverhältnisse, soweit dabei die aus den Grundprinzipien der Bündnisseverträge und der Reichsverfassung abzuleitenden Interessen des Reiches und des Bundesstaates Preußen in Betracht kommen, zur Richtschnur diene" (6).

Die Staatslehre des Kaiserreiches sah in diesem Fall das immanente Interesse des Reiches an der Integrität des Reichsganzen und an der Aufrechterhaltung des in-

-
- 1) neuerdings wieder ausführlich dargestellt von SCHRÖCKER *Der Staat* Bd. 5 S. 137 ff;
 - 2) vgl. BAYER *Bundestreue* S. 7;
 - 3) vgl. DAMBITSCH S. 22, SCHRÖCKER a.a.O. S. 145 f;
 - 4) DAMBITSCH S. 14, TRIEPEL *Reichsaufsicht* S. 365;
 - 5) zur Zuständigkeitsfrage nach damaligem Verfassungsrecht vgl. SMEND *DJZ* 1913 S. 1347 ff;
 - 6) zitiert nach DAMBITSCH S. 22 (Hervorhebung nur hier), zur Qualifizierung dieses Beschlusses als Akt der auswärtigen Gewalt vgl. M.v.SEYDEL *Abhandlungen* S. 190, während SMEND das Vorgehen des Reiches als Akt der Reichsaufsicht ansieht (SMEND a.a.O.). Zum ganzen auch SCHRÖCKER a.a.O. S. 328 f;

neren und äußeren Friedens berührt (1). Daher dürfe das Reich im Falle einer dynastischen Verbindung eines Einzelstaates mit dem Ausland die Thronbesteigung hintertreiben (2), um Verwicklungen mit dem Ausland von vornherein zu verhindern. Dahinter steht als Leitgedanke die Verpflichtung des Einzelstaates, nur solche Personen in die Regierung zu berufen, die die verfassungsmäßige Ordnung des Gesamtstaates bejahen (3).

§ 3

II. Der Bundestreue verwandte Institutionen vor Gründung des Deutschen Reiches von 1871

Aus der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der Bundestreue fällt in besonderem Maße der immer wieder auftauchende Zusammenhang mit den auswärtigen Angelegenheiten auf. Es scheint, als habe es gerade in diesem Bereich immer wieder einer Formel bedurft, um die Einzelstaaten und Bündnispartner über einzelne, enger formulierte Vertragspflichten hinaus aneinander zu binden und sie zur Interessenwahrung zu ermahnen.

1. Der mittelalterliche Lehnstaat

Diese Grundtendenz läßt sich bis in den mittelalterlichen Lehnstaat zurückverfolgen. Hier kann bereits eine besondere Treuebindung des Lehnsmannes zum Lehnsherren nachgewiesen werden, die durch den Treueid bei Begründung des Lehnsverhältnisses geschaffen wurde. Darin hatte sich der Lehnnehmer

-
- 1) DAMBITSCH S. 15;
 - 2) TRIEPEL Reichaufsicht S. 365, ebenso DAMBITSCH S. 15;
 - 3) ANSCHÜTZ HdbdStR Bd. 1 S. 378, SCHÄFER AöR 78 S. 41, SMEND Staatsrechtliche Abhandlungen S. 47 f, für die WRV ausdrücklich VOIGT VVDStRL 10 S. 42, HERTL S. 32;

zu verpflichten, alles zu unterlassen, was dem Herrn schädlich sein konnte (1). Damit soll nicht behauptet werden, die Bundestreue gehe auf den Lehnseid zurück; die eben aufgezeigte Tatsache läßt aber erkennen, daß die Lehnsenehmer, die auch politische Faktoren darstellten, ihre Interessen dem König als obersten Lehnsherren unterordnen mußten.

Sowohl bei LABAND als auch bei TRIEPEL kommt eine gewisse Anlehnung der Bundestreue an die alte reichsrechtliche Lehnstreue wieder zum Vorschein, wenn sie den Verstoß der Länder gegen die Treuepflichten mit "Felonie" benennen, dem Ausdruck, der den Treuebruch des Vasallen gegenüber seinem Lehnsherren bezeichnete (2).

Es ist zweifelhaft, ob darin mehr als die Übernahme einer Begriffsbezeichnung zu sehen ist, da sich zwischen dem Lehnsverhältnis und Bundesstaat kaum enge Beziehungen nachweisen lassen. Bei ersterem handelt es sich vor allem um eine moralisch-sittliche Verpflichtung von Personen zueinander, während sich die Bundestreue als Rechtspflicht von Staaten darstellt (3).

2. Der Augsburger Religionsfriede

Durch den Augsburger Reichsabschied vom 25. September 1555 wurden die Stände gegenüber dem Kaiser als auch untereinander zur Treue verpflichtet. Dort heißt es in der Executionsordnung (§ 54) nach der Verpflichtung zu gegenseitiger militärischer Unterstützung (4): "In dem weiter ein jeder Stand und Ge-

1) vgl. CONRAD Deutsche Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 254;

2) LABAND Staatsrecht Bd. 1 S. 109, TRIEPEL Reichsaufsicht S. 441;

3) zu diesem Fragenkreis vgl. SCHRÖCKER a.a.O. S. 152 f;

4) "auf daß er und die Seinen in solchen Nothfällen zusammenlaufen und gegen die Versammlungen eines jeden Kriege-Volcks seinen Genachbarten fürderliche und fürträgliche Rettung leisten ...", ZEUMER S. 293;

nachbarte, auch andere weitgesessene Obrigkeiten einander mit rechten, guten, wahren und gantzen Treuen meynen, halten und fördern sollen...." (1).

Hier ist die Tendenz erkennbar, die Treupflicht insbesondere bei Angriffen von außen hervorzuheben.

3. Der Westfälische Friede

Den ersten deutlichen Anhaltspunkt an eine Treupflicht der deutschen Territorien gegenüber dem Kaiser können wir aus dem Westfälischen Frieden von 1648 entnehmen. Darin wird den Reichsständen erstmals das *R e c h t* zuerkannt, mit auswärtigen Staaten Bündnisse zu schließen, auch wenn bereits früher Rechtsbeziehungen zwischen den Ständen und auswärtigen Staaten tatsächlich bestanden haben mögen (2).

Mit dem Art. VIII § 2 des Osnabrücker Friedens (3) ("*cum primis vero ius faciendi inter se et cum exteris foedera pro sua cuiusque conservatione ac securitate singulis statibus perpetuo liberum esto*") (4) wurde ein Grundstein in der deutschen Verfassungsgeschichte gelegt, wonach ein Recht auf Beziehungen der Stände zum Ausland begründet wurde, das bis zum Reichsende 1806 bestand.

Bezeichnenderweise wird diese Berechtigung durch den Grundgedanken der Pflicht zu reichstreuem Verhalten beschränkt. Die von den Ständen geschlossenen Bündnisse durften sich nicht gegen den Kaiser, das Reich oder den Reichsfrieden einschließlich der Osnabrücker

1) zitiert nach ZEUMER Nr. 163 S. 282 ff (293);

2) vgl. RUDOLF AVR Bd. 13 S. 53;

3) vgl. ZEUMER a.a.O. Nr. 170 S. 332 ff (352);

4) ZEUMER a.a.O. S. 353;

und Münster Verträge selbst richten (1).

Auf diese Regelung nimmt offenbar auch J.J.MOSER in seinem Werk "Teutsches Staatsrecht" (2) Bezug, wenn er im Anschluß an den Treueid der "fürnehmsten Reichsstände" (3) die Feststellung trifft, daß sie nicht nur ihre Bündnisse, sondern all ihre Handlungen "also einrichten, daß dadurch ihrer, dem Kayser schuldigen Treue und Gehorsam, nicht zu nahe getreten wird". Die Treupflicht gilt auch für diejenigen, die keinen Treueid - z.B. da sie nicht Lehnsnehmer sind - geschworen haben.

Die Treupflicht wird einfach aus dem Umstand begründet, daß der Kaiser des einzelnen und des gesamten Reiches Oberhaupt ist (4).

Die Bedenken BAYERS gegen einen Vergleich der Bundestreue mit den Treupflichten gegenüber dem Kaiser, die er lediglich in der Lehnstreue begründet sieht (5), können angesichts der klaren Aussage MOSERS in dieser Richtung nicht geteilt werden.

Deutlich trennen muß man allerdings die im Westfälischen Frieden niedergelegte Rechtspflicht zu einem

-
- 1) Der Text lautet: *ita tamen, ne eiusmodi foedera sint contra Imperatorem et Imperium pacemque eius publicam vel hanc imprimis Transactionem fiantque salvo per omnia iuramento, quo quisque Imperatori et Imperio obstrictus est.* (ZEUMER a.a.O. S. 353);
 - 2) Johann Jacob MOSER Teutsches Staatsrecht 1740 (36 Bände!);
 - 3) J.J.MOSER a.a.O. Bd. 3 S. 181;
 - 4) J.J.MOSER a.a.O. S. 181 § 15: "alleine dieses ist nicht von einer in Form eines Eydes abgelegten oder übernommenen Pflicht, sondern von denjenigen Schuldigkeiten zu verstehen, wozu ein jeder, krafft derer Reichsgesetze und Reichs-Herkommens auch derer Göttlicher und Völkerrechte, gegen den Kayser, als sein und des gesammten Reiches Oberhaupt, verbunden ist".
 - 5) BAYER Bundestreue S. 51;

reichstreuem Verhalten der deutschen Territorien von der tatsächlichen Entwicklung des Reiches, die es seit diesem Zeitpunkt in Richtung auf eine zunehmende Zersplitterung nahm (1).

Hier tritt der Widerspruch von Reichseinheit und tatsächlichen Machtverhältnissen immer klarer zu Tage. Er wurde in gewisser Weise vom Westfälischen Frieden noch verstärkt, da er die Freiheit der Stände, ihre Gebietshoheit und das Bündnisrecht ausdrücklich anerkannte (2).

4. Der Deutsche Bund von 1815

Die Frage nach einer Treupflicht im Deutschen Bund nach 1815 ist nicht eindeutig entschieden (3). Das Bestehen einer "bundesmäßigen Treupflicht" scheint ohne Einschränkungen E.R.HUBER zu bejahen (4).

Eng damit verknüpft war die Frage nach der Zulässigkeit der bundesgemäßen Exekutivmaßnahmen gegen regierungsfeindliche Kräfte innerhalb eines Bundesstaates, die Bundesintervention und die Bundesexekution (5).

Die insgesamt vier Fälle der Anwendung oder Androhung

-
- 1) Zur Entwicklung des Reiches und der Einzelstaaten vgl. SANTE Territorien, PLOETZ Bd. 1 S. 754 ff;
 - 2) vgl. HARTUNG Deutsche Verfassungsgeschichte S. 150. Allerdings widerspricht die oben zitierte Stelle des Osnabrücker Friedens (Art. VII § 2) der Ansicht HARTUNGS, daß die Pflichten der Stände gegenüber Kaiser und Reich überhaupt nicht festgelegt worden seien (vgl. HARTUNG a.a.O.). BERNHARDT Diss. S. 163 spricht von einer nur noch fiktiven Einheit des Reichs, da die Beziehungen der Einzelstaaten untereinander nur von dem Bestreben bestimmt waren, "den eigenen Staat gegen Eingriffe des Nachbarn zu schützen oder ihn für beabsichtigte Machtausdehnung zu stärken".
 - 3) vgl. BAYER S. 51;
 - 4) vgl. E.R.HUBER AöR 79 S. 1 ff (51 ff);
 - 5) niedergelegt in der Wiener Schlußakte Art. 26, 19 und 31

der Bundesexekution lassen den engen Zusammenhang mit dem Grundgedanken der Bundestreue hervortreten (1).

1850/52 entsandte die Bundesversammlung Bundeskommissare in das zum Bund gehörende Holstein, um die dort tätige provisorische Regierung aufzufordern, die Feindseligkeiten gegen Dänemark einzustellen, das das benachbarte nicht zum Bund gehörende Schleswig (2) beherrschte. Ein Interventionskorps rückte schließlich in Holstein ein und die Bundeskommissare übernahmen für den dänischen König die Staatsgewalt (3).

Während auf diese Weise die Herrschaft des dänischen Königshauses über Holstein wieder hergestellt wurde, kam es 1863/64 durch die Bundesexekution zu deren Beseitigung, als ein Exekutionskorps dort einrückte, um eine engere Bindung Holsteins an Dänemark zu verhindern (4).

Um Mißverständnissen vorzubeugen sei bemerkt, daß es sich bei diesen Ereignissen um Vorgänge handelte, die auf dem Boden der Bundesverfassung standen, und nicht um völkerrechtliche Interventionen. Jedesmal wurde ein Verstoß gegen die Bundesverfassung angenommen, der seine Auswirkungen im Bereich der auswärtigen Beziehungen hatte, bedingt durch die Doppelstellung Holsteins als Bundesmitglied und gleichzeitig

1) Die einzelnen Fälle sind bei HUBER Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. I S. 639 zusammengestellt und von demselben in AöR 79 S. 1 ff ausführlich behandelt.

S. auch dort den Unterschied zwischen Bundesintervention und Bundesexekution.

2) Nach der Auffassung der Bundesversammlung von 1850 gehörten sowohl Schleswig als auch Holstein zur dänischen Krone, wobei Holstein gleichzeitig Bundesmitglied war.

3) Zum Ganzen vgl. HUBER AöR 79 S. 27 ff;

4) vgl. HUBER AöR 79 S. 29 ff;

als Herrschaftsbereich der dänischen Krone.

An der Schleswig-Holsteinschen Frage entzündete sich auch der Konflikt zwischen Österreich und Preußen, der schließlich zur Auflösung des Bundes führte, als die Bundesversammlung 1866 die Mobilisierung eines Bundesheeres gegen Preußen beschloß. Ein Detail in diesem dichten Gewebe von politischen und rechtlichen Aktionen (1) ist der Geheimvertrag Preußens mit Italien vom 8. April 1866, in dem sich Preußen für den Fall eines Krieges mit Österreich der Rücken- deckung versicherte. Der Vertrag wird als Verstoß gegen "bundesmäßige Treupflicht" angesehen, die eine Verbindung eines Bundesgliedes mit einem auswärtigen Staat gegen ein anderes Bundesglied untersagte (2). Dieser Grundgedanke war bereits in der Deutschen Bundesakte zum Ausdruck gekommen. Art. XI beließ zwar den Bundesgliedern das Recht, Bündnisse aller Art zu schließen, verpflichtet sie aber, "keine Verbindungen einzugehen, welche gegen die Sicherheit des Bundes oder einzelner Bundesstaaten gerichtet wären" (3).

Korrespondierend legt die Wiener Schlußakte fest, daß die einzelnen Bundesstaaten verpflichtet sind, keinen Anlaß für Verletzungen von auswärtigen Staaten zu geben noch solche zuzufügen (4).

Es kann offenbleiben, ob man in diesem Artikel die historische Rechtsgrundlage der Bundestreue er-

-
- 1) Vgl. dazu eingehend SRBIK Deutsche Einheit Bd. 4 S. 320 ff;
 - 2) HUBER AÖR 79 S. 52, ebenso SRBIK Deutsche Einheit Bd. 4 S. 342;
 - 3) Art. XI Abs. 3 Deutsche Bundesakte von 1815, vgl. ZEUMER Nr. 189 S. 471;
 - 4) Art. 36 Wiener Schlußakte Abs. 2: "Dagegen sind die einzelnen Bundesstaaten verpflichtet, von ihrer Seite weder Anlaß zu dergleichen Verletzungen zu geben noch auswärtigen Staaten solche zuzufügen" (ZEUMER S. 477);

blicken kann (1), er zeigt aber deutlich, daß zumindest dem Grundgedanken des bundesfreundlichen Verhaltens sehr verwandte Ideen den Bereich der auswärtigen Gewalt beherrschten.

§ 4

III. Die Grundlegung der Bundestreue durch SMEND

Es scheint mehr als ein Zufall zu sein, wenn SMEND in seiner grundlegenden Schrift zur Bundestreue "Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat" 1916 (2) auch für das Bismarckreich als Ausgangspunkt der rechtlichen Erfassung der Pflicht zu bundestreuem Verhalten eine Frage aus der Verfassungswirklichkeit wählt, die den Bereich der auswärtigen Gewalt aufs engste berührt. Art. 8 Abs. 3 RV sah die Errichtung eines Ausschusses für auswärtige Angelegenheiten beim Bundesrat vor, der jedoch in den ersten 35 Jahren seines Bestehens lediglich einige Male zusammengetreten war (3), seit 1908 jedoch regelmäßig tagte.

Der Ausschuß stellte einen politischen Ersatz dar für die ursprünglich bei der Reichsgründung von Bayern geforderte völkerrechtliche Vertretung des Reichs durch den Kaiser und den König von Bayern gemeinsam (4), was durch den Vorsitz Bayerns im

-
- 1) So offenbar MOSLER Konkordatsprozeß S. 1598 und SCHÜLE ebenda S. 1616;
 - 2) SMEND Staatsrechtliche Abhandlungen S. 39-67;
 - 3) SMEND a.a.O. S. 40 nennt vier Zusammentritte, während DEUERLEIN in seiner neueren Untersuchung bis 1905 neun Sitzungen aufzählt, vgl. DEUERLEIN S. 255;
 - 4) vgl. DEUERLEIN S. 39 f;

Ausschuß unterstrichen wird (1). Er hatte die Aufgabe, sich über die laufende Außenpolitik zu orientieren und sollte vom Auswärtigen Amt über die Grundzüge der auswärtigen Politik unterrichtet werden (2). Von Politikern wurde er für eine "durch Vertrag und Verfassung begründete und dem föderativen Gedanken (3) entsprechende Einrichtung" gehalten (4). SMEND sieht in der Schaffung des Ausschusses nicht nur eine organisatorische Einrichtung; er habe vielmehr ein "funktionelles Verhältnis zwischen Reich und Einzelstaaten" herstellen wollen (5), wobei die Unterrichtungspflichten der Reichsregierung in außenpolitischen Angelegenheiten nicht lediglich auf bundesfreundlichem Verhalten der Reichsleitung beruhen, "sondern sie stellen ein verfassungsrechtlich gefordertes Verhältnis her" (6).

-
- 1) Die Gründung des Ausschusses wird jedoch nicht einer Initiative Bayerns, sondern Bismarck zugeschrieben, vgl. DEUERLEIN a.a.O. S. 207 f; s. auch BILFINGER Einfluß S. 126. In diesem Zusammenhang muß auch der erst 1918 (!) bekanntgewordene Vertrag zwischen Preußen und Bayern vom 14. Februar 1871 gesehen werden, der Bayern das Recht einräumte, in künftigen Friedensverhandlungen nach einem Bundeskrieg einen Bevollmächtigten des Königs von Bayern in die Verhandlungskommission des Reichs zu entsenden, was tatsächlich auch während der Friedensverhandlungen von 1918 in Brest-Litowsk geschah. Vgl. hierzu BRUNS Recht und Staat Heft 12 S. 1 ff, der auch die verfassungsrechtliche Seite des Abkommens behandelt (S. 59 ff).
 - 2) vgl. SMEND a.a.O. S. 41, BILFINGER Einfluß S. 124;
 - 3) Hervorhebung nur hier;
 - 4) so der bayerische Gesandte Pfretzschner in Berlin, zitiert bei DEUERLEIN S. 74;
 - 5) SMEND a.a.O. S. 42;
 - 6) SMEND a.a.O. S. 42/43;

§ 5

IV. Die Lehre SMENDs von der Bundestreue

1. Die Vertragstreue als Rechtsgrundlage
der Bundestreue

Greift man auf die grundlegende Abhandlung SMENDs zurück (1), zeigt sich deutlich, daß er das Institut als ein vertragliches versteht. Unter Bezugnahme auf die geschichtliche Tatsache der **Vereinbarung** (2) der Reichsverfassung stellt er heraus, daß durch die Erinnerung daran nicht nur "das Festhalten an den Rechtsverhältnissen der Reichsverfassung selbst erleichtert und sichergestellt" wird, "sondern diese **Vereinbarung** (2) gibt noch fortwirkend dem Reichsstaatsrecht einen über die ausdrücklichen Bestimmungen der Reichsverfassungs-urkunde hinausgreifenden Inhalt" (3). Unter Kennzeichnung der Beziehungen von Reich und Ländern sowohl als eines Unter- und Überordnungs- als auch eines Bündnisverhältnisses kommt SMEND zu dem Schluß: "Jeder der Verbündeten schuldet dem anderen und dem Ganzen die Bundes-, die 'Vertrags'-Treue" (4).

-
- 1) "Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat", zuerst veröffentlicht in Festschrift für Otto Meyer 1916 S. 247 ff, hier zitiert nach "Staatsrechtliche Abhandlungen" S. 39 ff;
 - 2) Hervorhebung nur hier;
 - 3) SMEND a.a.O. S. 51;
 - 4) SMEND a.a.O. S. 51, vgl. auch einige Zeilen weiter: "Wie neben den sonstigen Vorschriften über den Inhalt der einzelnen Schuldverhältnisse für den Geist ihrer Erfüllung der Grundsatz von Treu und Glauben rechtlich maßgebend ist, so für den Inhalt der Vorschriften der Reichsverfassung, soweit die Einzelstaaten irgendwie beteiligt sind, der Grundsatz der Vertragstreue und der bundesfreundlichen Gesinnung".

Damit werden ausdrücklich Vertragstreue und Bundestreue als identisch angesehen. Für SMEND hat die Bundestreue auch als R e c h t s - Institut ihren Verpflichtungsgrund in der vertraglichen Vereinbarung der Reichsverfassung. Wenn er auch das Prinzip der Bundestreue als einen Satz des ungeschriebenen Verfassungsrechts (1) ansieht, darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, daß im Grunde doch die Vertragstreue gemeint ist, da er die "föderativen Grundlagen der Reichsverfassung" - was nach dem damaligen Sprachgebrauch "zu deutsch vertragsmäßige Grundlagen" (2) bedeutete - ausdrücklich als wichtigen Bestandteil des ungeschriebenen Verfassungsrechts ansieht (3).

Die für das Kaiserreich immer wieder umstrittene Frage nach der möglichen Fortgeltung der Verträge vom November 1870 über die Reichsgründung hinaus läßt SMEND unbeantwortet - schließlich liegen zwischen der Reichsgründung und der "Entdeckung" der Bundestreue als Rechtsprinzip fast fünf Jahrzehnte! -, und er überbrückt diese Streitfrage mit der Fiktion, daß man sich zumindest so verhalten müsse, "als ob" die Verträge noch fortbestünden (4). Diese historische Betrachtungsweise (5) erweitert den Raum des ungeschriebenen Verfassungsrechts auf die geschichtliche

1) SMEND a.a.O. S. 52;

2) TRIEPEL Unitarismus S. 22;

3) SMEND a.a.O. S. 52 wörtlich: "Die föderativen Grundlagen der Reichsverfassung geben nicht nur den geschriebenen Sätzen der Reichsverfassung eine gewisse politische Farbe und Wirkungskraft, sondern sie bedeuten ihre Bereicherung um wichtige ungeschriebene." Dagegen BEHNKE S. 63.

4) vgl. dazu besonders SCHRÖCKER Der Staat Bd. 5 S. 320 ff;

5) vgl. BAYER Bundestreue S. 48. BILFINGER Einfluß S. 52 sieht die Lehre SMENDs in dem "bündischen Sprachgebrauch" Bismarcks verwurzelt.

Tatsache der Reichsgründungsverträge und hat daher im Grunde nichts anderes als die Vertragstreue der Bündnispartner zur Basis der Bundestreue ausgebaut.

§ 6

2. Fortwirkung der SMENDschen Auffassung in der Weimarer Zeit

Der wenige Jahre nach dem Erscheinen der Abhandlung SMENDs erfolgte Zusammenbruch des Deutschen Reiches und die Ausrufung der Republik wären an sich Anlaß für eine neue Betrachtungsweise der Bundestreue gewesen. Statt dessen läßt sich aber feststellen, daß auch nach 1919 an ihren vertragsmäßigen Elementen festgehalten wird.

Obwohl SMEND seine Lehre ausdrücklich für den monarchischen Bundesstaat entwickelt hat, finden wir auch unter der ersten deutschen republikanischen Bundesstaatsverfassung von 1919 seine Lehre fortwirkend.

Eigentlich hätte mit der Schaffung der Republik das Institut der Bundestreue für SMEND erledigt sein sollen. Schließlich war es gerade als Korrektiv gedacht, dessen der monarchische Bundesstaat von 1871 bedurfte, weil seine Verfassung an dem Modell der republikanischen Bundesstaaten Schweiz und Vereinigte Staaten von Nordamerika ausgerichtet gewesen sei (1)! Statt dessen legt er Wert auf die Feststellung, daß die "Lehre von der obersten Rechtspflicht von Bundesstaat und Einzelstaat zu bundesfreundlichem Verhalten nicht nur auf das monarchische Bundesstaatsrecht zu beschränken ist" (2). Eine nähere Begründung fehlt aber.

1) vgl. SMEND a.a.O. S. 56 ff;

2) SMEND Verfassung und Verfassungsrecht in: Staatsrechtliche Abhandlungen S. 269;

3. Die übrige Staatsrechtslehre

Während SCHÜLE (1) unscharf davon spricht, daß das "Rechtsprinzip der Bundesfreundlichkeit" vor der Weimarer Republik "noch ausgesprochenen Charakter einer Vertragstreue besaß" (3) und damit die Deutung zuläßt, daß die Bundestreue auch unter der Weimarer Reichsverfassung vertragsmäßige Elemente in sich trägt, spricht BILFINGER klar von der "Kontinuität des bündischen Gedankens" (4), wobei dem Wort "bündisch" die Bedeutung "vertraglich" beizulegen ist (5).

Unterstützung dürfte der Gedanke der Bundestreue vor allem in dem Umstand gefunden haben, daß Kaiserreich und Weimarer Republik als identische Staaten begriffen wurden (6).

Trotz Verlegung des Schwerpunkts der Reichsgewalt nach der Seite des Reichstags hin, trotz Änderung in der obersten Organschaft des Reiches und trotz Schaffung des parlamentarischen Systems "in seiner radikalsten Form" (7) findet bei BILFINGER die Bundestreue weiterhin ihre Grundlage in dem "bündischen Gedanken" (8).

Unter ausdrücklicher Berufung auf den Ausdruck BILFINGERS versteht SMEND auch in der Weimarer Republik den Grundsatz der Bundestreue als "allgemeinen bündischen Rechtssatz" (9). Damit kommt die bereits zur alten Reichsverfassung vertretene Ansicht zum Durch-

-
- 1) SCHÜLE Einstweilige Verfügung
 - 2) Hervorhebung nur hier;
 - 3) SCHÜLE a.a.O. S. 58;
 - 4) BILFINGER a.a.O. S. 59;
 - 5) Vgl. BILFINGER a.a.O. S. 46 ff, bes. S. 52; Evangelisches Lexikon Stichwort "Bundesstaat" S. 214 ff (217) "das alte bündische Element der freien Einigung";
 - 6) Vgl. THOMA HdbDStR Bd. I S. 169; ANSCHÜTZ Kommentar S. 1 ff; a.A.: GEBHARD S. 26; STIER-SOMLO Bd. I S. 50 ff;
 - 7) BILFINGER a.a.O. S. 60;
 - 8) Kritiker dieser Ansicht sehen in dem "bündischen Rechtsprinzip" ein politisches Leitmotiv des Föderalismus; vgl. BEHNKE S. 65 Fußn. 41;
 - 9) SMEND a.a.O. S. 271; BILFINGER Einfluß S. 55 "bündischer Verfassungsrechtssatz";

bruch, daß die Bundestreue ihre Grundlage in der Vertragstreue findet.

Während SMEND für das Kaiserreich die **v e r f a s - s u n g s r e c h t l i c h e** Verpflichtung zur Einhaltung der Bundestreue durch die Einbeziehung der **V e r e i n b a r u n g** der Reichsverfassung in den Bereich des ungeschriebenen Verfassungsrechts erreichte, soll nunmehr die Verpflichtung "zur Einigkeit, zu stetem Suchen und Herstellen guten bundesfreundlichen Verhältnisses" (1) aus der Verfassung selbst fließen. Offenbar wird der allgemeine bündische Rechtssatz in die Verfassung hineininterpretiert.

Ob dieses Vorgehen berechtigt war, kann hier auf sich beruhen. Es zeigt sich jedoch, daß auch nach 1919 die Bundestreue in ihrer Grundstruktur von der h.L. als ein vertragliches, bündisches Institut aufgefaßt wurde (2), das auf eine - nicht näher geklärte - Weise Verfassungsrang hatte.

a) Außer BILFINGER und SMEND beschäftigen sich insbesondere noch ANSCHÜTZ und LABAND mit dem Phänomen der Bundestreue.

Während ANSCHÜTZ ursprünglich die Arbeit SMENDs scharf angriff und unterstellte, daß er (SMEND) Gewohnheitsrecht nachzuweisen versucht habe, ohne die Voraussetzungen für das Vorliegen von Gewohnheitsrecht zu prüfen (3), ließ er in der Weimarer Zeit seine Bedenken gegen das Institut der Bundestreue stillschweigend fallen und bekennt sich unter Beru-

1) SMEND a.a.O. S. 271;

2) Vgl. auch insbesondere B.MÜLLER Rechtsbeziehungen S. 70 ff, der die Pflicht zu bundestreuem Verhalten aus einem ständigen "Neuerleben des Zusammenschlusses, gewissermaßen in einem fortgesetzten Neuabschluß des Bündnisses" ableitet.

3) ANSCHÜTZ in MEYER-ANSCHÜTZ Lehrbuch S. 697 f;

fung auf TRIEPEL (1) zu einem "reichsverfassungsmäßigen Grundsatz", "der die Länder verpflichtet, ihr Verhalten den rechtlich anerkannten Lebensinteressen des Reiches anzupassen" (2). Diese Verpflichtungen beruhen "auf allgemeinen, ungeschriebenen, aus der Gliedstellung der Länder in und zum Reich folgenden Grundsätzen" (3).

Die kurze Anmerkung läßt keinen genauen Aufschluß zu, woraus das Prinzip der Bundestreue von ihm abgeleitet wird; die Formulierung "aus der Gliedstellung der Länder in und zum Reich" (4) könnte ein Abrücken von der in der Lehre vorherrschenden Tendenz bedeuten, die im Grunde auf die Vertragstreue aufbaute.

b) Unklar bleibt die Auffassung LABANDs zum Institut der Bundestreue. Er behandelt den Problemkreis nur kurz in der Darstellung der Reichsaufsicht (5) und spricht von einer "Treupflicht" (6), die "z.B. durch Störung der Beziehungen des Reichs zu auswärtigen Staaten, des friedlichen Verhältnisses unter den Bundesgliedern oder durch Einwirkungen gegen die Tendenz der Reichspolitik" (6) verletzt werden könnte. Eine praktische Bedeutung mißt er der Treupflicht nicht zu, da die angesprochenen Gegenstände fast alle zur ausschließlichen Reichszuständigkeit gehören und durch Gesetze und Verordnungen geregelt sind; durch den Gesetzesbefehl werde eine Gehorsampflicht der Gliedstaaten begründet, neben der kein Platz für eine allgemeine Treupflicht sei.

1) Reichsaufsicht S. 369;

2) ANSCHÜTZ HdbDStR Bd. I S. 368;

3) ANSCHÜTZ WRV Art. 15 Anm. 1 b Fußn. 2;

4) ANSCHÜTZ a.a.O.

5) LABAND Staatsrecht Bd. I S. 107 ff;

6) LABAND a.a.O. S. 109;

Ob mit dieser Äußerung dennoch generell eine Verpflichtung zu bundestreuem Verhalten bejaht wird, ist schwerlich zu entscheiden, denn an anderer Stelle kommt eher eine Verwerfung dieser R e c h t s - Pflicht zum Ausdruck. Die Bevollmächtigten der Länder im Bundesrat (1) unterstehen der Weisung des jeweiligen Einzelstaates. Die einzelne Landesregierung habe bei der Weisungserteilung lediglich aus einer "patriotischen Pflicht" oder der "politischen Notwendigkeit" die Gesamtinteressen des Reichs zu beachten (2) " R e c h t l i c h ist es aber jedem Staat unversehrt, sein egoistisches, partikulares Interesse dabei allein im Auge zu behalten" (3).

Aus den angeführten Zitaten läßt sich schon nicht mit Sicherheit entnehmen, ob LABAND die Treupflicht als eine rechtliche Verpflichtung ansieht; völlig unmöglich ist es zu erkennen, woraus sich diese herleiten ließe.

Lediglich für den Sonderfall, daß ein Bundesgliedstaat mit einem anderen Gliedstaat oder einer auswärtigen Macht einen Vertrag abschließt, der sich gegen die Existenz, Sicherheit oder Integrität des Reiches richtet, sieht LABAND einen Verstoß gegen die Verpflichtung zur Treue. Derartige Abkommen seien nicht nur unzulässig, sondern stellten gleichzeitig hinsichtlich der beteiligten Personen Hochverrats- oder Landesverratsdelikte dar (4). An dieser

1) Art. 6 Abs. 2 RV;

2) LABAND S. 246;

3) LABAND a.a.O.; ähnlich LABAND in DJZ 1911 Sp. 5: "Jeder Staat hat mit R e c h t so viel wie möglich für sich ausschlagen wollen" (betreffend die Vorverhandlungen über den Gesetzentwurf über die Erhebung von Schiffsabgaben). Dagegen BILFINGER Einfluß S. 49;

4) LABAND Staatsrecht Bd. 2 S. 168;

Stelle leitet LABAND die Treupflicht der Länder aus "der staatsrechtlichen U n t e r o r d n u n g d e r E i n z e l s t a a t e n unter das Reich" her (1). Damit begibt er sich allerdings in Widerspruch zu seiner an anderer Stelle geäußerten Auffassung (2), daß für eine Treupflicht dort kein Raum sei, wo eine Gehorsampflicht besteht. Wie soll aber eine staatsrechtliche Unterordnung der Gliedstaaten anders erklärt werden als durch die Gehorsampflicht gegenüber den Maßnahmen des Reiches?

c) Widersprüchlich zu einer "Treupflicht" der Länder unter der Weimarer Verfassung äußert sich GEBHARD (3). Bei der Erörterung der Reichsaufsicht (Art. 15 WRV) führt er aus, daß eine solche Treupflicht, obwohl sie in der Verfassung nirgends ausdrücklich erwähnt wird, "als selbstverständlich gelten muß" (4).

Unter dem Eindruck der gegenüber der alten Reichsverfassung stärkeren zentralistischen Momente der WRV hält er die Weimarer Republik nicht mehr für einen echten Bundesstaat, sondern einen Staatenstaat (5). Die Verfassung habe eine Unterordnung der Länder unter das Reich angeordnet, durch die die Treupflicht

1) LABAND a.a.O.; Hervorhebung nur hier;

2) LABAND Staatsrecht Bd. 1 S. 109;

3) GEBHARD Kommentar zur WRV;

4) GEBHARD a.a.O. Art. 15 Anm. 2 b β

5) GEBHARD a.a.O. Vorbem. zu Art. 1-19, Anm. 3 d (S. 66);

begründet wird diese Ansicht a) mit dem Fehlen eines entscheidenden r e c h t l i c h e n Einflusses der Länder auf die Reichsgesetzgebung und b) mit der Tatsache, daß das Reich nicht auf einem B u n d der Länder beruht. Die föderativen Grundlagen des Reiches seien durch einen Akt der unitarischen Revolution beseitigt worden (vgl. GEBHARD S. 26).

beseitigt wurde (1). Dennoch scheint er eine Pflichtverletzung der Länder in denjenigen Bereichen für möglich zu halten, in denen "konkrete Vorschriften" fehlen, also das Unterordnungsverhältnis der Länder nicht ausdrücklich geregelt ist, wobei in diesen Einzelfällen eine Abwägung zwischen Länder- und Reichsinteressen stattzufinden hat (2).

Sieht man von dem Umstand ab, daß GEBHARD die Weimarer Republik nicht als Bundesstaat in seinem Sinn ansah, so rindet sich in den Ausführungen zur "Treupflicht" schon jener von LABAND geäußerte Gedanke wieder (3), daß ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Reich und Ländern kaum Raum lasse für ein Institut der Bundestreue. Offenbar sieht GEBHARD die rechtliche Grundlage für die "bundesmäßige Treupflicht" nach dem alten Verfassungsrecht in dem "Bund der Länder", womit er sich stark dem vertraglichen Charakter der Bundestreue annähert (4).

d) Demgegenüber knüpft LEIBHOLZ unverkennbar an die Lehre SMENDs an, wenn er die Bundestreue mit Vertragstreue gleichsetzt und den Geltungsgrund der Vertragstreue, der bundesfreundlichen Gesinnung darin beruhend ansieht, daß die "geschichtlichen Zusammenhänge noch fortwirken, der Entstehungsmodus, der Vertrag, als weitergeltend vorgestellt wird" (5). Danach sollen die Reichsgründungsverträge offenbar auch noch nach dem Ende derjenigen Monarchien, die an ihrer

-
- 1) GEBHARD a.a.O. Art. 48 Anm. 3 a (S. 247): "Die bundesmäßige Treupflicht ist ersetzt worden durch die Unterordnung der Länder unter das Reich."
 - 2) vgl. GEBHARD a.a.O. S. 247;
 - 3) LABAND Staatsrecht Bd. 1 S. 109, anders jedoch Bd. 2 S. 168, vgl. auch oben S. 25;
 - 4) vgl. hierzu Ausführungen zu Art. 48 Anm. 3 a und Vorbem. vor Art. 1-19 WRV (S. 247 und S. 26);
 - 5) LEIBHOLZ Gleichheit S. 153 f;

Schaffung mitgewirkt haben, und nach Errichtung der Republik die Grundlagen für ein Rechtsinstitut abgeben, das man allgemein als dem Bundesstaat immanent erachtet. Hatten auch die einzelnen Gliedstaaten in ihrem Bestand eine tiefgreifende Umwandlung erfahren, so hätte man bereits damals die Frage nach der Richtigkeit dieser Lehre stellen müssen. Es ist wohl einzig dem Umstand des Fortbestehens der ursprünglichen Gründerstaaten als Gliedstaaten der Weimarer Republik zu verdanken, daß man an der vertraglichen Fundierung der Bundestreue festhalten konnte.

T e i l B

Die Rechtsgrundlagen der Bundestreue

§ 7

I. Die Bundestreue aus der Sicht der herrschenden Meinung

Unter der Bundestreue versteht man allgemein einen Rechtssatz, der es Bund und Ländern im Bundesstaat gebietet, ihr Verhalten zueinander in bestimmter - bundestreuer oder bundesfreundlicher - Art und Weise zu gestalten. Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung mehr, daß diese Verpflichtung sowohl für die Länder als auch für den Bund besteht, so daß die sprachliche Regelung **b u n d e s t r e u** in der Weise unerheblich ist, als auch vom Bund **L ä n - d e r t r e u e** gefordert werden kann.

Die Bundestreue ist nirgends in einen abschließenden Katalog in vorgegebene Einzelrechte und -pflichten aufgelöst (1), vielmehr wird jeweils an Hand der konkreten Konfliktsituation entschieden, in welcher Art und Weise der Bundestreupflicht nachzukommen ist bzw. durch welche Maßnahme der Bund oder ein Land gegen die Bundestreue verstoßen hat.

Die Schwierigkeit, eine inhaltliche Konkretisierung der Bundestreue zu erreichen, bewirkt die sehr allgemeine Umschreibung der Bundestreupflichten in der Lehre und Rechtsprechung. Sie werden als Bundespflicht bezeichnet, "auf der das gesamte Verhalten der Teilverbände und des Bundes im gegenseitigen Verhältnis beruht. Sie ist ein Lebenselement des Bundes-

1) vgl. SMEND Staatsrechtliche Abhandlungen S. 273; BINDER Philosophie des Rechts S. 464; BAYER Bundestreue S. 75;

staates" (1). Sie soll eine Rechtsschranke im bundesstaatlichen Gebiet sein (2). Nach BAYER gebietet die Bundestreue dem Bund und den Ländern, "nicht eigensüchtig das Ziel des allmählichen *Ü b e r w i e g e n s* über den anderen Teil zu verfolgen, sondern bei aller Wahrung eigener Interessen den Ausgleich mit dem anderen Teil zu suchen" (3). Sie verlangt, daß Bund und Länder den gemeinsamen Interessen Rechnung tragen (4).

Ähnlich bestimmt das Bundesverfassungsgericht den Inhalt des bundesfreundlichen Verhaltens als die Pflicht, dem Wesen des Bündnisses (d.h. des Bundesstaates) entsprechend zusammenzuwirken und zu seiner Festigung und zur Wahrung seiner und der wohlverstandenen Belange seiner Glieder beizutragen (5). Wie dem Bund seine Befugnisse nur zum Wohl des Ganzen zugemessen seien, so müßten auch die Länder die Freiheit ihrer Entscheidung der Rücksicht auf das Gesamtwohl unterordnen (6). Der Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens beherrsche im deutschen Bundesstaat das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Gliedern (7). Entsprechend der Eigenart der Bundestreue, daß sie nicht von vornherein einen Katalog bestimmter Rechte und Pflichten aufstellt, sondern jeweils im Einzelfall aus ihm eine konkrete Verpflichtung entwickelt wird, sind eine Reihe von Entscheidun-

-
- 1) MOSLER in Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1586;
 - 2) SCHULE in Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1617, ähnlich ARNDT ebenda S. 1654: "Rechtsausübungsschranke";
 - 3) BAYER Bundestreue S. 43, Hervorhebung dort;
 - 4) BAYER a.a.O. S. 74; vgl. auch SCHULE a.a.O. S. 1619; SPANNER DÖV 1961 S. 483; HERTL Diss. S. 23;
 - 5) BVerfG 1 S. 315;
 - 6) BVerfG 3 S. 141;
 - 7) BVerfG 12 S. 254;

gen des Bundesverfassungsgerichts ergangen, in denen für die besondere Situation der Bund oder ein Land verpflichtet wurden, sich in bestimmter Weise zu verhalten; zumindest wurde aber eine bestimmte Verpflichtung abstrakt aufgestellt, auch wenn sie in der überwiegenden Zahl der Entscheidungen für den Ausgang des Verfahrens nicht erheblich war (1).

Nach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts betreffen die sich aus der Bundestreue ergebenden Rechtspflichten das "Zusammenspiel zwischen Gesamtstaat und Gliedstaat" (2).

HERTL legt den Schwerpunkt der Bundestreupflichten in den Bereich des Politischen. Die Treuebindung verlange von Bund und Ländern im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung negativ alle Maßregeln in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege - soweit nicht die Unabhängigkeit der Gerichte betroffen würde - zu unterlassen, die die i n n e r e o d e r ä u ß e r e P o l i t i k des Bundes beeinträchtigen; in positiver Hinsicht seien die Gliedstaaten aber verpflichtet, in diesem Rahmen die Interessen des Bundes zu wahren (3).

Im Konkordatsstreit vertrat die Bundesregierung die Auffassung, daß der Grundsatz der Bundestreue die Gliedstaaten verpflichtet, ihr Verhalten den rechtlich anerkannten Interessen des Bundes anzupassen (4).

1) vgl. BVerfG 1 S. 117 ff (131); 1 S. 299 ff (315); 3 S. 52 ff (57); 4 S. 115 ff (140); 6 S. 309 ff (361); 8 S. 122 ff (138 ff); 12 S. 205 ff (255); 13 S. 54 ff (75 f); 14 S. 197 ff (215); 21 S. 312 ff (319);

2) BVerwG 12 S. 255;

3) HERTL Diss. S. 23; Hervorhebung nur hier;

4) vgl. Antrag der Bundesregierung vom 12. März 1955 in Konkordatsprozeß Bd. 1 S. 29;

Diese generalklauselartigen Formulierungen zum Inhalt der Bundestreue ließen sich beliebig anhäufen (1). Für die weitere Untersuchung seien jedoch zwei Punkte festgestellt:

1. Die Bundestreue ist ein Rechtsinstitut, das seinen Platz im Bund-Länder-Verhältnis des Bundesstaates hat.
2. Die Bundestreue ist kein festgefügttes, abgeschlossenes Ordnungssystem; sie läßt Raum für die Entwicklung bestimmter Rechtssätze an Hand des konkreten Einzelfalles.

1) vgl. z.B. LABAND Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. I S. 109; ANSCHÜTZ Kommentar WRV Art. 48 Anm. I 3; ders. HdbDStR Bd. 1 S. 378; TRIEPEL Reichsaufsicht S. 444; ders. Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern S. 73; MÜLLER Berthold Die Beziehungen der Gliedstaaten im Bundesstaatsrecht S. 70; KRÜGER Festschrift für Erich Kaufmann S. 240; BILFINGER Einfluß S. 47; LERCHE VVDStRL 21 S. 88 f; USTERI Bundesstaat S. 232; ARNDT in Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1665; MAUNZ ebenda S. 1634; ders. in Staatsrecht S. 191 f; KAISER DÖV 1961 S. 558; HARBICH Bundesstaat S. 35; HENRICHS Gemeinschaftsaufgaben S. 74; KONOW DÖV 1966 S. 374; KÖLBLE DÖV 1966 S. 655; H. SCHNEIDER VVDStRL 19 S. 18 ff (23); SCHEUNER DÖV 1965 S. 546; MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 22; BULLINGER AöR 87 S. 494; SCHÄFER AöR 78 S. 41; SACHAU Wehrhoheit und Auswärtige Gewalt S. 78 f; KOLLREUTNER Deutsches Staatsrecht S. 148;

§ 8

II. Grundsätzliche Voraussetzungen

Wenn die Bundestreue ein Rechtssatz ist, der im Verhältnis von Bund und Ländern im Bundesstaat seine Gültigkeit hat, kann es sich nur um einen Satz des Verfassungsrechts handeln. Als solcher setzt er zunächst die Klärung des Begriffs Verfassung voraus, wie er vom Grundgesetz gesehen wird (1).

Hier ergeben sich mehrere Ansichten, die Verfassung zu deuten. Sie kann als "konkreter Gesamtzustand politischer Einheit und sozialer Ordnung eines Staates gesehen werden" (2) (politisch-soziologischer Verfassungsbegriff).

Außerdem kann die Verfassung als ein in besonderer Form zustande gekommenes Gesetz gedeutet werden, das nur unter bestimmten, erschwerten Voraussetzungen geändert werden darf (formeller Verfassungsbegriff) (3). Im absoluten Sinn wird die Verfassung als die "Norm der Normen" (4) verstanden, auf die jede andere rechtliche Regelung zurückzuführen ist, und somit zu einer Identifizierung von Staat (als Rechtsordnung) mit der Verfassung führt.

Bei Betrachtung des Grundgesetzes zeigt sich, daß es vom materiellen Verfassungsbegriff ausgeht als der "Gesamtheit der Regeln über die Leitung des Staates, über die Bildung und den Aufgabenkreis der obersten Staatsorgane, über die grundlegenden Staatseinrichtungen und über die Stellung des Bür-

1) zu den einzelnen Verfassungsbegriffen vgl. C.SCHMITT Verfassungslehre S. 3/44 und MAUNZ Staatsrecht S. 38;

2) vgl. C.SCHMITT a.a.O. S. 4 f;

3) vgl. MAUNZ a.a.O. § 7 I Nr. 1 (S. 38);

4) C.SCHMITT S. 7;

gers im Staat" (1), wobei es sich nicht in den Regeln des geschriebenen Rechts erschöpft, sondern darüber hinaus Raum läßt für die sie "verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätze und Leitideen" (2), ohne daß diese in besonderen Vorschriften fixiert sein müssen. Für den Bereich der Grundrechte läßt sich die Bezugnahme auf überpositives Recht aus Art. 1 Abs. II GG ableiten, der das Bestehen bestimmter Grundrechte voraussetzt, diese also nicht konstitutiv gewährt (3). Für das staatliche Handeln auf den Gebieten der Verwaltung und Rechtsprechung sind die staatlichen Organe an "Gesetz und Recht gebunden" (Art. 20 Abs. 3 GG). Auch wenn dieser Formulierung aus dem Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 1 GG), das auf eine Identität von Recht und Gesetz abzielt, im Normalfall nur "tautologische Bedeutung" (4) zukommen soll, so läßt diese Norm doch erkennen, daß das Gesetz als positives Recht nicht stets mit dem überpositiven Recht in Einklang stehen muß und dem Grundgesetz daher letzteres nicht fremd ist, sondern von ihm anerkannt wird.

a) Die Bundestreue als ungeschriebenes Verfassungsrecht

Für die Bundestreue ergibt sich - da sie wegen des Fehlens einer ausdrücklichen Norm nicht zum positiven Verfassungsrecht gezählt werden kann - die Möglichkeit, sie als Satz des ungeschriebenen Verfassungsrechts nachzuweisen.

Das Vorhandensein ungeschriebener verfassungsrechtlicher Normen wird auf der Grundlage des materiellen

1) MAUNZ Staatsrecht S. 38;

2) BVerfG 4 S. 403;

3) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 1 Rdz. 73 ff, v.MANGOLDT-KLEIN Vorbem. B IV Nr. 3/4 (S. 94 ff), MAUNZ Staatsrecht S. 87 ff (90);

4) MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 72, vgl. dazu die Ansicht bei v.MANGOLDT-KLEIN Art. 20 Anm. VI 4 f, vgl. auch SCHNORR AöR 85 S. 121 ff;

Verfassungsbegriffs nicht bestritten (1). Die Bundes-treue kann daher als Verfassungsgewohnheitsrecht oder als allgemeiner Rechtssatz zum ungeschriebenen Verfassungsgewohnheitsrecht gehören. Allerdings darf sich das ungeschriebene Verfassungsrecht grundsätzlich nicht über die geschriebene Verfassung hinwegsetzen (2). Daher muß ganz knapp die Frage erörtert werden, ob das GG etwa eine Norm enthält, die den Grundsatz der Bundes-treue bereits positivrechtlich ausschließen würde.

b) Das Fehlen einer positiven Gegenorm

Ein positiver Satz des Verfassungsrechts, der dem Bund und den Ländern ein bundesfreundliches Verhalten untersagt, existiert nicht. Aus den Bestimmungen über das Verhältnis von Bund und Ländern läßt sich derartiges nicht ableiten. Zwar grenzt das Grundgesetz den staatlichen Bereich von Bund und Ländern klar voneinander ab (Art. 30, 70, 83 GG), daraus läßt sich jedoch nicht entnehmen, daß sie nicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme und Interessenwahrung verpflichtet sein sollen. Aus dem Vorhandensein mehrerer Staaten innerhalb des Bundesstaates, wie es vom GG gefordert und vorausgesetzt wird, kann nicht gefolgert werden, daß jeder Staat ohne Beachtung des anderen seine staatliche Tätigkeit ausüben soll. Es ist kein Gebot der bundesstaatlichen Ordnung, daß Bund und Länder miteinander im Streit liegen müssen (3). Das kann auch nicht aus der Möglichkeit zur Anrufung des Bundesverfassungsgerichts gefolgert werden (Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 und 4), denn dies verbietet

1) vgl. v.HIPPEL VVDStRL 10 S. 1 ff, VOIGT ebenda S. 33 ff, WOLFF Festschrift W.Jellinek S. 33 ff, BAYER S. 30, HESSE Grundzüge S. 15;

2) HESSE Grundzüge S. 15 org. Rechtssicherheit;

3) MAUNZ NJW 1962 S. 1645, das gilt ebenso für das Verhältnis der Länder untereinander (MAUNZ a.a.O. S. 1641 f);

nicht eine Einigung und Verständigung auf außergerichtlichem Weg.

Aus der Aufgabentrennung für Bund und Länder kann nicht ein Gegeneinander abgeleitet werden. Das Gegenteil ist eher der Fall; erkennt man an, daß das Schwergewicht des Bundes auf dem Gebiet der Gesetzgebung (Art. 70 ff), das der Länder auf dem Gebiet der Verwaltung liegt (Art. 83 ff), so folgt schon aus dem Grundsatz, daß die Länder in der Regel die Bundesgesetze zu vollziehen haben (Art. 83 GG), ein Miteinander statt ein Gegeneinander.

In Teilbereichen der Staatstätigkeit, die von einer Trennung der Bundes- und Länderstaatsgewalt ausgehen, ist die gegenseitige Unterstützung und Rücksichtnahme ausdrücklich normiert. Bund und Länder verfügen über eigene, voneinander unabhängige Behörden, die Art. 35 GG zu gegenseitiger Rechts- und Amtshilfe verpflichtet. Die Trennung der Haushaltswirtschaften von Bund und Ländern (Art. 109 Abs. 1 GG) (1) entbindet sie nicht, Rücksichten auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht zu nehmen, wie durch die Ergänzung des Art. 109 GG (Abs. 2 bis 4) im Zuge der Schaffung des "Stabilitätsgesetzes" (2) klargestellt wurde.

Auch die Grundgesetzänderung in Zusammenhang mit der Finanzreform, die einen neuen Typus der Staatstätigkeit im Bundesstaat, die "Gemeinschaftsaufgaben" (3) einführt (Art. 91 a GG) (4), spricht gegen eine Ab-

1) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 109 Rdz. 1, 4 ff;

2) BGBI. I 1967 S. 582;

3) Die Legaldefinition gemäß Art. 91 a Abs. 1 GG lautet: Der Bund wirkt auf folgenden Gebieten bei der Erfüllung von Aufgaben der Länder mit, wenn diese Aufgaben für die Gesamtheit bedeutsam und die Mitwirkung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich ist.

4) BGBI. I 1969 S. 359; vgl. auch MAUNZ BayVB1. 1969 S. 2, der die Schaffung von Gemeinschaftsaufgaben nur auf dem Weg über eine Grundgesetzänderung unterstreicht.

sicht der Verfassung, Bund und Länder in einem Verhältnis der Gegensätzlichkeiten und des Unfriedens zu sehen.

Aus dem Grundgesetz läßt sich somit kein Satz nachweisen, der es Bund und Ländern untersagen würde, ein bundesfreundliches Verhalten zu üben und der sie zur "Bundesuntreue" anhalten würde (1).

Nunmehr ist der Weg frei für die Erörterung der Frage, wie sich ein Rechtssatz nachweisen läßt, der Bund und Länder zu bundestreuem Verhalten verpflichtet.

c) Ungeschriebenes Verfassungsrecht als Rechtsquelle

Die Möglichkeit, auf ungeschriebenes Verfassungsrecht als Rechtsquelle zurückzugreifen, wird weitgehend anerkannt (2); lediglich die Vertreter der abzulehnenden rein positivistischen Richtung stehen auf einem anderen Standpunkt (3).

-
- 1) Damit erübrigt sich eine Diskussion der Frage, in welchem Verhältnis ein solcher positiver Rechtssatz der Verfassungsurkunde zu einem möglichen, entgegengesetzt lautenden Satz des ungeschriebenen Verfassungsrechts stände. Vgl. dazu BACHOF Verfassungswidrige Verfassungsnormen S. 27 ff, MAUNZ Staatsrecht S. 65;
 - 2) vgl. VOIGT VVDStRL 10 S. 33 ff (36 f), WOLFF Gedächtnisschrift Jellinek S. 33 ff, FORSTHOFF Verwaltungsrecht S. 119, BACHOF S. 43, v.HIPPEL VVDStRL 10 S. 1 ff, ders. HdbDStR II S. 558, DENNEWITZ BK Art. 30 Anm. II 2, KÖBLE DÖV 1963 S. 660, SHEND Staatsrechtliche Abhandlungen, differenzierend zu Art. 20 Abs. 3 GG MAUNZ Staatsrecht S. 65: "Recht i.S. des Art. 20 GG sind zunächst die aus den demokratisch-rechtsstaatlichen Grundprinzipien unmittelbar ableitbaren ungeschriebenen Rechtsnormen", vgl. auch MAUNZ a.a.O. S. 269 f, HUBER Berner Festgabe S. 95 ff, H.S. WOLFF Verwaltungsrecht I S. 103;
 - 3) Die Unrichtigkeit einer rein positivistischen Auffassung ergibt sich bereits aus dem Umstand, daß das GG selbst auf überpositives Recht verweist (Art. 1 II GG), vgl. oben S. 33;

Die Frage wird oft nur in den engeren Rahmen der sogen. "ungeschriebenen Bundeszuständigkeiten" gestellt und für dieses Teilgebiet des Verfassungsrechts unterschiedlich beantwortet (1). Ohne auf den Streit um die ungeschriebenen Bundeszuständigkeiten eingehen zu müssen, kann festgestellt werden, daß die Existenz derartiger Kompetenzen ungeschriebenes Verfassungsrecht voraussetzt. Soweit die Möglichkeit ungeschriebener Bundeszuständigkeiten verneint wird, bedeutet dies noch nicht die Leugnung ungeschriebenen Verfassungsrechts überhaupt (2).

Bei der Bestimmung von Rechtssätzen des ungeschriebenen Verfassungsrechts sind durchaus nicht die Gefahren zu verkennen, die sich daraus für die Rechtssicherheit (3) und die Freiheit des einzelnen ergeben können. Aufgabe der Verfassung im Rechtsstaat ist es, die Staatsgewalt zu verteilen und zu "kanalisieren", um den Freiheitsraum des einzelnen zu gewährleisten, wobei ein formelles Verfahren für die Setzung von Rechtsnormen einzuhalten ist (vgl. Art. 77, 78 und bes. Art. 79 GG). Ungeschriebenes Recht unterliegt einer solchen formellen Beschränkung nicht und "daher

1) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 70 Rdz. 25 ff, MAUNZ Staatsrecht S. 218 ff, v.MANGOLDT-KLEIN Art. 30 Anm. III 2 c, ACHTERBERG AöR 86 S. 63 ff (75 ff), LOEWENSTEIN Wehrbeitrag Bd. 2 S. 359 ff (365), DENNEWITZ BK Art. 30 Anm. II 2, KOELLREUTTER Staatsrecht S. 141 ff, SCHÄFER AöR 78 S. 9, KUCHENHOFF DVBl. 1951 S. 586;

aus dem älteren Schrifttum vgl.: TRIEPEL in Festschrift Laband S. 247 ff, HÄNEL Deutsches Staatsrecht Bd. 1 S. 219, ANSCHÜTZ WRV-Kommentar Art. 10/11, GEBHARD Kommentar Vorb. III zu Art. 6-14; eine zusammenfassende ausführliche Darstellung findet sich neuerdings bei SCHINZLER S. 14 ff mit weiteren Nachweisen, s. auch BULLINGER Mineralölfornleitungen S. 65 ff;

2) so verneint z.B. MAUNZ Staatsrecht S. 219 ungeschriebene Gesetzgebungskompetenzen, bejaht aber dennoch das Vorhandensein (anderen) ungeschriebenen Verfassungsrechts S. 269 f, vgl. auch MAUNZ-DÜRIG Art. 70 Rdz. 10 ff;

3) warnend HESSE Grundzüge S. 15;

bleibt hier die Macht unmittelbar wirksamer und widersteht stärker der Eindämmung durch das Recht" (1). Daher ist im Bereich des ungeschriebenen Verfassungsrechts besonders kritisch zu prüfen, inwieweit ein Rechtssatz der geschriebenen Verfassung widerspricht und welcher Regelung im Fall der Divergenz der Vorrang zukommt (2).

§ 9

III. Die bisher vorgetragenen Ansichten zu den Rechtsgrundlagen der Bundestreue

1. Das Wesen des Bundesstaates als Rechtsgrundlage

Der Nachweis der Bundestreue als Rechtssatz des Verfassungsrechts ist nach Inkrafttreten des Grundgesetzes in der Literatur von HERTL (3) und von BAYER (4) unternommen worden. Soweit andere Autoren auf die Rechtsgrundlagen eingehen, geschieht dies nur formelhaft.

a) Die Auffassung HERTLs

HERTL geht in Anlehnung an v.d.HEYDTE (5) von drei Erscheinungsformen des ungeschriebenen Verfassungsrechts aus. Dieses sei vorstellbar als Norm des Naturrechts im Sinne überpositiven Rechts, als lückenausfüllendes Recht und als durch "broad interpretation" einem stillen Verfassungswandel unterworfenen Recht. Für die

1) H.HUBER Berner Festgabe S. 101 in bezug auf Gewohnheitsrecht;

2) vgl. dazu eingehend MAUNZ Staatsrecht S. 266 ff;

3) HERTL Diss. S. 13 ff;

4) BAYER Bundestreue S. 30 ff;

5) v.d.HEYDTE VVDStRL 10 S. 53;

Bundestreue komme nur die Möglichkeit einer Lückenausfüllung in Betracht (1). Als solche ergebe sich die Bundestreue aus dem "Wesen des Bundesstaats", das darin bestehe, daß er a u c h (2) die Verbindung von Staaten zu einem Bund sei. "Erst das Gleichgewicht dieser beiden Elemente macht das Wesen des Bundesstaates aus" (3). Dabei soll es nicht auf die Besonderheiten der Entstehung eines konkreten Bundesstaates ankommen und auch nicht auf seine monarchische oder republikanische Staatsform; die Bundestreue ergebe sich aus dem Bundesstaat als solchem (4).

b) Die Lehre BAYERs

BAYER leitet die Bundestreue als Satz des ungeschriebenen Verfassungsrechts ebenfalls aus dem Wesen des Bundesstaates ab (5). Die Erörterung der Frage, ob sich eine Verpflichtung zu bundestreuem Verhalten bereits aus einem Satz des Verfassungsgewohnheitsrechts ergebe, bricht er unter Hinweis auf das Bestehen eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes ab. An sich seien aber Zweifel, die Bundestreue als Verfassungsgewohnheitsrecht zu qualifizieren, "kaum möglich" (6). Eine Untersuchung einzelner Vorschriften des Grundgesetzes (Art. 123 Abs. 2; Art. 25; Art. 28 Abs. 1; Art. 53 S. 3; Art. 83/84 GG) führt zu dem Ergebnis, daß sich daraus die Bundestreue als allgemeiner Rechtsgrundsatz nicht mit genügender Sicherheit herleiten lasse (7). Unter Zugrundelegung der Lehren C.SCHMITTs vom Bundes-

1) HERTL S. 15; so auch J.SCHMIDT S. 120;

2) Hervorhebung dort;

3) HERTL S. 15 f;

4) HERTL S. 14;

5) BAYER S. 30 ff;

6) BAYER S. 33, vgl. dazu aber unten S. 111 f;

7) BAYER S. 40;

staat (1) als Zwischenform von Einheitsstaat und Staatenbund, in dem sich Subordination und Koordination in einem Schwebezustand befinden (2), ergebe sich die Bundestreue als ein Prinzip, "das dem Gesamtstaat ebenso wie den Gliedern gebietet, nicht eigensüchtig das Ziel eines allmählichen Ü b e r - w i e g e n s (3) über den anderen Teil zu suchen" (4). Da der Bundesstaat ohne eine solche Rechtsregel einem ständigen existentiellen Risiko ausgesetzt sei, könne sein Fortbestand ohne die Bundestreue nicht gedacht werden.

c) Die Meinung der übrigen Literatur

Ähnlich bejaht v.MANGOLDT die Existenz einer Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten, die sich aus den Grundsätzen des bundesstaatlichen Aufbaus "ganz allgemein aus der Natur der Sache" ergebe (5). Nach WESSEL (6) folgt das bundesfreundliche Verhalten aus der "Gliedstellung der Länder im und zum Bund"; dem folgt auch KOELLREUTTER (7). Ähnlich sieht KRÜGER (8)

1) C.SCHMITT Verfassungslehre S. 363 ff (371 ff);

2) so BAYER S. 42 f;

3) Hervorhebung dort;

4) BAYER S. 43;

Diese Ausführungen erinnern an die Gedankengänge TRIEPELS von zwei Strebungen, "von denen die erste eine aus Stämmen oder anderen Bildungen bestehende Nation in die Form des Einheitsstaates zwingen, während die andere sie als Bund selbständiger Staaten organisieren will" (TRIEPEL Zeitschrift für Politik 14, S. 197; zitiert nach SMEND Verfassung und Verfassungsrecht a.a.O. S. 224 Anm. 7).

5) v.MANGOLDT VVDStRL 10 S. 58 f; Der Kommentar v.MANGOLDT-KLEIN Vorb. III 93 b vor Art. 20 GG gibt keine Auskunft über die Rechtsgrundlage der Bundestreue, sondern nur über ihren Inhalt;

6) WESSEL DV 1949 S. 328;

7) KOELLREUTTER Deutsches Staatsrecht S. 148;

8) KRÜGER Konkordatsprozeß Bd. 3 S. 1080;

die Rechtsgrundlage im Status eines Bundesstaates. In einem noch allgemeineren Prinzip als dem Bundesstaat sieht MOSLER (1) die Bundestreue als "Rechtsatz der Verfassungsrechtsordnung aller Staaten, die aus Teilverbänden mit beschränkter Verfassungsautonomie zusammengesetzt sind". Er stelle sich als ein dem Funktionieren einer Rechtsordnung oder eines Verbandes immanentes Prinzip dar (2). Ähnlich argumentiert HARBICH (3), daß sich eine Beschränkung der Befugnisse bereits allgemein aus der Mitgliedschaft im Bundesstaat ergebe, wobei er aber ausdrücklich offenläßt, ob es sich dabei um einen Satz der Bundestreue handelt oder um das allgemeine Mißbrauchsverbot. In engerem Zusammenhang mit der konkreten Verfassungslage nach dem GG wird die Bundestreue von MAUNZ abgeleitet aus der "föderalistischen Struktur der Bundesrepublik" (4).

In ihrem Schriftsatz vom 30. April 1956 vertritt die Hessische Landesregierung im Konkordatsprozeß den Standpunkt, daß die Bundestreue aus einem ungeschriebenen, im "System des Grundgesetzes begründeten Rechtsgrundsatz" entspringt (5). Die Auffassung, daß es sich dabei um ein dem Bundesstaat vorgegebenes Recht im naturrechtlichen Sinn handle, wird dort ausdrücklich abgelehnt.

Schließlich unternimmt J.SCHMIDT (6) den Versuch, die

1) MOSLER Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1586;

2) MOSLER a.a.O. S. 1587;

3) HARBICH S. 48;

4) MAUNZ Staatsrecht S. 191, weitergehend ders. Konkordatsprozeß Bd. 2 S. 782, wo die Bundestreue als eine "jedem Bundesstaat immanent innewohnende verfassungsrechtliche Pflicht" angesehen wird. MAUNZ-DURIG Art. 20 Rdz. 22: Kernstück des bundesstaatlichen Systems und des föderalistischen Prinzips.

5) Konkordatsprozeß Bd. 2 S. 591;

6) J.SCHMIDT Diss. S. 119 ff;

Bundestreue aus dem Wesen des Bundesstaates zu begründen, wie es sich nach dem Grundgesetz darstellt. Das Wesen der grundgesetzlichen Bundesstaatlichkeit liege danach in einer engen, vielfältigen und vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern, in der gegenseitigen Einflußnahme beider Regierungszentren und der weitgehenden Teilnahme der Länder an der Willensbildung des Bundes (1). In diesem Sinne sei die Bundestreue "dem Wesen unseres Bundesstaates immanent" (2).

d) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat in einer Reihe von Entscheidungen auf die Bundestreue zurückgegriffen, um daraus konkrete verfassungsrechtliche Pflichten abzuleiten oder zumindest zu erörtern. Während sich aus dieser Rechtsprechung gewichtige Aussagen zum - möglichen - **I n h a l t** der Bundestreupflichten ergeben, zeigt eine nähere Betrachtung, daß ein ähnlich positives Ergebnis für die Rechtsgrundlagen nicht vorliegt.

Die Formel, die meist zur Bestimmung der Grundlagen der Bundestreue herangezogen wird, lautet: "verfassungsrechtlicher Grundsatz des Föderalismus" (3) "bundesstaatliches Prinzip" (4), das aus **d e r N a t u r d e r S a c h e** zu gewissen Beschrän-

1) J.SCHMIDT S. 121;

2) J.SCHMIDT S. 121 f;

3) BVerfG 1 S. 315;

4) BVerfG 1 S. 131. In dieser Entscheidung beruft sich das Gericht nicht ausdrücklich auf die Bundestreue, möchte aber die Begründung von Pflichten, die darin bestehen, daß finanzstarke Länder finanzschwachen Hilfe leisten, in den Raum der Bundestreue stellen; vgl. BVerfG 6 S. 361, wo auf die eben zitierte Entscheidung Bezug genommen wird; ebenso BVerfG 8 S. 138 und BVerfG 12 S. 254;

kungen führe. Im Konkordatsurteil (1) wird die Bundestreue aus dem Wesen des Bund und Länder verbindenden verfassungsrechtlichen "Bündnisses" (2) hergeleitet.

Gleichzeitig wird meist SMENDs Aufsatz "Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat" zitiert (3).

In einer Zusammenfassung der bis zur Entscheidung im Volksbefragungsstreit (4) vorliegenden Urteile zur Bundestreue hebt das Gericht hervor, daß es den Grundsatz der Bundestreue in "Übereinstimmung mit der Rechtslehre aus dem Wesen des Bundesstaates entwickelt" habe (5). Nach einer Präzisierung dieses "wesens" muß man allerdings vergeblich suchen.

aa) Die unzutreffende Berufung auf SMEND

Wenn wir uns der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zuwenden, so muß festgestellt werden, daß die wiederholte Berufung des Gerichts (6) auf die Abhandlung SMENDs (7) für die Rechtsgrundlage der Bundestreue nach dem Grundgesetz nicht beweiskräftig ist. SMENDs Lehre ist für einen konkreten, darüber hinaus noch monarchischen Bundesstaat, das Deutsche Reich von 1871, entwickelt worden. Ihr liegt nicht die Vorstellung eines abstrakten, allgemein gültigen Bundesstaatsbegriffs zugrunde. Wie die Erörterung der ge-

1) BVerfG 6 S. 309 ff;

2) BVerfG a.a.O. S. 361; Hervorhebung dort;

3) BVerfG 1 S. 315, 12 S. 254;

4) BVerfG 8 S. 122 ff, Entscheidung vom 30. Juli 1958;

5) BVerfG 8 S. 138. Dieser Ansicht folgt auch das BVerwG 12 S. 255;

6) vgl. BVerfG 1 S. 315, 12 S. 254; gegen eine Berufung auf SMEND spricht sich auch HEMPEL Demokratischer Bundesstaat S. 77 aus.

7) Ungeschriebenes Verfassungsrecht im monarchischen Bundesstaat;

schichtsdogmatischen Entwicklung ergeben hat (1), überträgt SMEND den Gedanken der Vertragstreue auf das Bundesstaatsverhältnis, indem er den Gegensatz der damaligen herrschenden Staatsrechtslehre vom Untergang der Bündnisverträge (2), die zur Reichsgründung geführt hatten, zur Mindermeinung ihrer Fortgeltung (3) überbrückte und die Verpflichtung für Reich und Länder aufstellte, sich so zu verhalten, "als ob" die Verträge weiterbestehen würden (4). Damit dehnte er den Bereich des ungeschriebenen Verfassungsrechts auf die Vertrags- und Bündnistreue aus.

bb) Das Fehlen vertragsmäßiger Elemente im Grundgesetz

Damit fehlt der Lehre SMENDs einmal der oft fälschlicherweise unterstellte Anknüpfungspunkt eines allgemeinen Bundesstaatsbegriffs. Zum anderen kann man die Bundestreue nach heutigem Verfassungsrecht nicht aus dem Vorstellungsbild einer Vertrags- und Bündnistreue herleiten, da die Bundesrepublik nicht auf einen "Gründungsvertrag" der nach 1945 existierenden Länder zurückzuführen ist. Sie wurde durch einen verfassungsgebenden Akt des deutschen Volkes geschaffen (5). Darin kommt eine Absage an den Bündnisstaat zum Ausdruck (6). Ein Indiz gegen bündische Elemente des Grundgesetzes ist auch Art. 141 Abs. I GG, wonach für

1) vgl. oben S. 18 ff;

2) HÄNEL Studien S. 36 ff, LABAND Staatsrecht Bd. 1 S. 16/17 und 89;

3) M.v.SEYDEL Abhandlungen S. 90 ff;

4) vgl. zu dieser Fiktion insbes. SCHRÖCKER Der Staat Bd. 5 S. 320 f;

5) vgl. Präambel zum Grundgesetz; MAUNZ Staatsrecht S. 43, ZINN AöR Bd. 75 S. 281 ff (292);

6) vgl. C.SCHMITT Verfassungslehre S. 389, MAUNZ Staatsrecht S. 44, KAISER DÖV 1961 S. 657, MERK VVDStRL 21 S. 115 f, GÖRG Festschrift Herrfahrdt S. 74;

die Annahme der neuen Verfassung eine Zweidrittelmehrheit der Länder genügte, sie also einem - wenn auch qualifizierten - Majoritätsprinzip unterworfen waren, während das wesentliche Element eines Bündnisses die freie Einigung (1) der beteiligten Staaten ist, das die Gleichheit aller Partner voraussetzt und bei Vertragsschlüssen im Prinzip der Einstimmigkeit zum Ausdruck kommt (2).

Das Bundesverfassungsgericht spricht in einigen Entscheidungen von einem "Bündnis der Gliedstaaten" (3), das begriffliche Voraussetzung des Bundesstaates sei. Bei der Bestimmung des Bundesstaatsbegriffs hat sich das Gericht an dieser Stelle offenbar von einem traditionellen, historisch verankerten Inhalt des deutschen Bundesstaates leiten lassen (4). Es ist aber auch anerkannt, daß ein Bundesstaat nicht nur durch Zusammenschluß mehrerer, bisher unabhängiger Staaten entstehen kann, sondern auch durch Föderalisierung eines Einheitsstaates (5). In diesem Fall kann kein Bündnis oder Bundesvertrag geschlossen werden, da

-
- 1) HESSE Evangelisches Staatslexikon S. 214 ff (217), vgl. auch BEHNKE S. 67;
 - 2) vgl. HAEGERT NJW 1961 S. 1137; zur Gründung der USA und der Schweiz vgl. USTERI S. 206 f; vgl. auch ISENSEE S. 225 Fußn. 16;
 - 3) BVerfG 13 S. 54 f (78), 1 S. 315; vgl. auch BVerfG 6 S. 361, wo das Wort "Bündnis" bezeichnenderweise in Anführungszeichen gesetzt wird;
 - 4) HESSE Grundzüge S. 86, LERCHE VVDStRL 21 S. 92, SCHMIDT AöR 87 S. 286 f;
 - 5) vgl. BRIE Entstehung und Untergang der Staaten a.a.O. S. 72, HERZOG DÖV 1962 S. 83, anders C. SCHMITT Verfassungslehre S. 63, für den der "Bund" (als übergeordneter Begriff für Bundesstaat und Staatenbund, S. 366) nur auf einem Bundesvertrag beruhend vorstellbar ist und der daher bereits der WRV den Charakter einer Bundesverfassung abspricht (S. 65). Die Entscheidung für den Bundesstaat ergebe sich nur aus der positiven Verfassungsentscheidung, die den bundesstaatlichen Charakter wahren will (Art. 2 WRV) S. 389;

die Gliedstaaten als Rechtssubjekte noch gar nicht existieren und nicht Vertragspartner sein können.

Gegen bündische Elemente im GG spricht die Vorschrift des Art. 79 Abs. 3 GG.

Zutreffend weist W.SCHMIDT (1) auf die geschichtliche Tatsache hin, daß das bündische Element "meist auf die immer stärkere Zentralisierung der Staatsgewalt in Richtung auf den Einheitsstaat" hinzielt. So wurde insbesondere das Deutsche Reich von 1871 lediglich als eine Übergangslösung angesehen, die zu einem einheitlichen Staat führen sollte (2). Diesem Streben nach Unitarisierung des Bundesstaates, das dem bündischen Gedanken innewohnt, ist durch Art. 79 Abs. 3 GG eine verfassungsrechtlich unüberwindbare Schranke entgegengesetzt, die jede Umwandlung des bestehenden Bundesstaates in einen Einheitsstaat auf dem Wege der Verfassungsänderung unmöglich macht.

§ 10

IV. Der Bundesstaat als Staatenstaat

Legt man das "Wesen des Bundesstaates" der Bundestreue zugrunde, so muß sich daraus etwas über das Verhältnis von Bund und Ländern ablesen lassen, weil die Bundestreue als ein Rechtssatz aufgefaßt wird, der in den Beziehungen zwischen den Gliedstaaten und dem Bundesstaat (3) seinen Platz hat. Daher wäre es verfehlt, das Wesen des Bundesstaates in Bereichen zu suchen, die nichts über die Zuordnung von Bund und Ländern aussagen.

1) W.SCHMIDT AöR 87 S. 253 ff (265 f);

2) vgl. W.SCHMIDT AöR 87 S. 262 f;

3) vgl. BAYER Bundestreue S. 56;

Die herrschende, in verschiedensten Nuancen vorgetragene Auffassung vom Bundesstaat als staatsrechtlicher Zusammenschluß mehrerer Staaten, wobei dem Gemeinwesen wiederum Staatscharakter zukommt (1), ist nichts mehr als eine Umschreibung des Phaenomens Bundesstaat, die keine Aussage über dessen "Wesen" zuläßt. Sie bestimmt lediglich den Ausgangspunkt, daß sowohl der Bund als auch die Glieder Staaten sind; über das Verhältnis beider zueinander ist damit noch nichts ausgesagt.

1. Die Umschreibung des Staatenstaates durch
SCHEUNER und BAYER

a) Als Wesen des Bundesstaates betrachtet SCHEUNER ein Staatsgefüge mit zwei selbständigen Ebenen politischer Entscheidung und "in dem neben dem die Gesamtheit verkörpernden Bundesstaat Zentren umfassender (staatlicher) Zuständigkeit bestehen bleiben" (2). Dies ist nur eine andere Umschreibung für den Begriff des Bundesstaates als aus Staaten zusammengesetzter Staat (3), wobei als Voraussetzung für den Staatscharakter die Ausübung von unabgeleiteter Staatsge-

1) vgl. NAWIASKY Bundesstaat S. 66, MAUNZ Staatsrecht S. 188, MAUNZ-DURIG Art. 20 Rdz. 5, v.MANGOLDT-KLEIN Art. 20 Anm. III 1 a, WERNICKE BK Art. 20 II 1 b, HESSE Grundzüge S. 85, APELT in Festschrift Kaufmann S. 1 f, BVerfG 1 S. 34, MERK VVDStRL 21 S. 115, ANSCHÜTZ HdbDStR I S. 295, LABAND Staatsrecht I S. 59, G.JELLINEK Allg. Staatslehre S. 769, HAUSMANN AÖR 33 S. 86, BRIE Bundesstaat S. 106;

auf die älteren Ansichten, die die Möglichkeit eines Bundesstaates überhaupt verneinen, soll hier nicht eingegangen werden; vgl. dazu: M.v.SYDEL Abhandlungen Bd. 2 S. 5 ff, J.v.HELD System des Verfassungsrechts S. 392 ff, CALHOUN Works I S. 109 ff;

2) SCHEUNER DÖV 1962 S. 648, ders. VVDStRL 21 S. 122 f, wo er die historische Legitimation des Föderalismus als die Vorgegebenheit von verschiedenen Entscheidungszentren unterstreicht.

3) vgl. oben Fußn. 1;

walt anzusehen ist (1). Die Möglichkeit zur politischen Entscheidung liegt in dem Gebrauchmachen von der Staatsgewalt in einer bestimmten Form. Die Staatsgewalt als umfassende und geschlossene Hoheitsmacht (2) manifestiert sich in erster Linie in der Setzung von Rechtsnormen (3). Die Schaffung des Rechts geht mit einem politischen Vorgang einher. Das Recht steht in einer zweifachen Beziehung zur Politik: einmal setzt ein Rechtsideal den Rahmen für die Politik, zum anderen aber konkretisiert sich die Politik in der Schaffung einer bestimmten Norm (4). Unabgeleitete Staatsgewalt bedingt daher auch die Befugnis darüber zu befinden, ob und in welcher Weise die Staatsgewalt angewandt wird; dies ist in erster Linie eine Fragestellung auf dem Gebiet der Politik, wenn auch Rechtsnormen eingreifen können.

b) Ähnlich ist die Erkenntnis BAYERs zu werten, daß der Bundesstaat stets vor einem existentiellen Risiko stehe, das sich aus der Tendenz ergebe, das Bund und Länder umschließende Band zu sprengen und die "i h r e r Wesensart entsprechende Gliederungsform - den Einheitsstaat oder den Bundesstaat - zu konstituieren". (5)

Diese Möglichkeit würde sich gar nicht eröffnen, wenn Bund und Länder nicht als Staaten konstituiert wären und somit einen bestimmten Grad von gegenseitiger Un-

1) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 5;

2) NAWIASKY Allg. Staatslehre Bd. 3 S. 44: Staatsgewalt ist sachlich unbegrenzt, omnipotent und omnikompetent, MAUNZ-DÜRIG Art. 30 Rdz. 7, KRÜGER Allg. Staatslehre S. 829, ERLER VVDStRL 18 S. 21;

3) NAWIASKY Bundesstaat S. 65, v.d.HEYDTE VVDStRL 13 S. 11;

4) vgl. GRIMM JuS 1969 S. 501 ff: "Recht heißt heute nichts anderes als geronnene Politik" (S. 502 re. Sp.).

5) BAYER Bundestreue S. 43;

abhängigkeit besitzen. Daher wird auch hier nur die bekannte Definition des Bundesstaates anders umschrieben.

Außerdem müßte für die Begründung der Bundestreue aus dem Auseinanderstreben von Bund und Ländern noch der Nachweis geführt werden, daß der Verfassungsgesetzgeber diese Gefahr übersehen und kein Instrument geschaffen hat, um dem entgegenzusteuern (1). Durch die Bundesaufsicht (Art. 84 GG), den Bundeszwang (Art. 31 GG) und durch Art. 79 Abs. 3 GG sind die Voraussetzungen für einen Zerfall des Bundesstaates weitgehend aufgehoben. Damit wird aber auch die Begründung der Bundestreue aus dem Gesichtspunkt des "existentiellen Risikos" fragwürdig.

2. Das Fehlen einer analogen und auf den Bundesstaat übertragbaren Regelung im Völkerrecht

Aus der allgemeinen Definition des Bundesstaates als Staatenstaat läßt sich für die Bundestreue keine Rechtsgrundlage ableiten. Das Bestehen mehrerer Staaten nebeneinander und innerhalb eines Verbandes schafft noch keinen allgemeinen Rechtssatz, als der die Bundestreue verstanden wird.

Auch eine Anleihe beim Völkerrecht kann hier nicht weiterhelfen. Das Völkerrecht regelt Rechtsverhältnisse der Staaten zueinander und steht daher mit dem Bundesstaatsrecht in gewisser Verwandtschaft, was in der Staatsrechtslehre immer wieder die Frage nach der Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen im Bundesstaatsrecht aufgeworfen hat (2); aber ohne auf diese Schwierigkeiten eingehen zu müssen (3), genügt

1) vgl. zur Kritik BAYERS BULLINGER AöR 87 S. 492;

2) vgl. TRIEPEL Völkerrecht und Landesrecht S. 185 ff, THOMA HdbDStR Bd. 1 S. 178 f, ANSCHÜTZ ebenda S. 298, SCHNEIDER DÖV 1957 S. 644 ff;

3) vgl. dazu u.a. BULLINGER AöR 83 S. 286 f; KOPP JZ 1970 S. 278 ff;

bereits ein kurzer Blick auf die verschiedenen Quellen des Völkerrechts, um zu erkennen, daß dort ein der Bundestreue vergleichbares Institut nicht vorhanden ist.

Im Bereich des Völkervertragsrechts (1) gibt es zwar auch, wie im sonstigen Vertragsrecht, den Begriff der Vertragstreue, auf den auch die Präambel der UN-Satzung verweist, der aber für die Bundestreue nach dem Grundgesetz nicht einschlägig ist, da der jetzige Bundesstaat keinen vertragsmäßigen Charakter hat (2). Auch das Prinzip von Treu und Glauben findet in den völkerrechtlichen Bezeichnungen Anwendung (3). Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine speziell völkerrechtliche Regel, sondern um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, der in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben kann.

Außer den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (4), für deren Geltung man sich nicht auf das Völkerrecht beziehen muß, verbleibt nur das Völkergewohnheitsrecht (5) als eventuelle Rechtsquelle.

a) Die Grundrechte der Staaten

In erster Linie ist hier an die sogen. "Grundrechte der Staaten" zu denken, wobei es sich nicht um Grundrechte im staatsrechtlichen Sinn handelt, sondern um konstitutive, sachliche Prinzipien des Völkerrechts, die aus dem Wesen des Völkerrechts als eines Koordinationsrechts unabhängiger Staaten folgen (6).

1) vgl. dazu BERBER Völkerrecht Bd. 1 S. 62 ff, VERDROSS Völkerrecht S. 142 ff;

2) vgl. dazu S. 45 f;

3) vgl. BERBER Völkerrecht Bd. 1 S. 418 f, VERDROSS a.a.O.; MOSLER Konkordatsprozeß Bd.4 S. 1389;

4) vgl. BERBER a.a.O. S. 65 ff;

5) vgl. BERBER a.a.O. S. 41 ff, VERDROSS Völkerrecht S. 137 ff;

6) BERBER a.a.O. S. 179/180;

Aber bereits aus dieser Grundlage ergibt sich die Unmöglichkeit, in den so verstandenen Staatsgrundrechten eine Basis für die Bundestreue im Bundesstaat zu finden, da die Koordination der Bundesgliedstaaten bereits durch die Verfassung vorgenommen worden ist.

Betrachtet man die einzelnen Grundsätze selbst, muß man deren Unanwendbarkeit im bundesstaatlichen Bereich feststellen, da das Recht auf äußere Selbstbestimmung (1) nur dem Bundesstaat als solchem zusteht. Auch wenn man die Gliedstaaten in dieser Beziehung als Träger eines Selbstbestimmungsrechts betrachten wollte und sie den gewohnheitsrechtlichen Beschränkungen unterwirft, die sich aus dem Grundsatz des *pacta sunt servanda*, den Prinzipien der UN-Charta und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben (2), so handelt es sich doch um einen wesensmäßig anderen Fragenkreis, als ihn die Bundestreue regeln will.

b) Das Prinzip der Guten Nachbarschaft

Am ehesten liegt eine Verwandtschaft noch im Prinzip der "Guten Nachbarschaft" (3). Es verbietet Maßnahmen, die auf das Gebiet des Nachbarstaates einwirken und dort einen Schaden hervorrufen können (4). Wir werden später sehen, daß die Bundestreue in ähnlicher Weise Beschränkungen schafft, wenn durch die Ausübung von Rechten in den Bereich eines anderen Rechtsträgers eingegriffen wird (5). Diese Parallele rechtfertigt aber nicht die Übernahme des völkerrechtlichen Prinzips in das Bundesstaatsrecht.

1) s. BERBER a.a.O. S. 181 f;

2) vgl. BERBER a.a.O. S. 182;

3) vgl. VERDROSS Völkerrecht S. 293 f, BERBER Bd. 1 S. 71;

4) VERDROSS a.a.O. S. 294, BERBER a.a.O. S. 298 f und die dort von Max HUBER übernommenen Prinzipien des Nachbarrechts;

5) vgl. unten S. 249 ff;

Die Gründe hierfür liegen zunächst in der unscharfen Abgrenzung des völkerrechtlichen Prinzips, was von der völkerrechtlichen Literatur unumwunden zugegeben wird (1). Die allgemeinen und vagen Prinzipien können nur durch vertragliche Regelungen konkretisiert werden (2).

Ein weiteres Bedenken ergibt sich aus dem Geltungsbereich des Prinzips, das auf eine t e r r i t o - r i a l e Nachbarschaft beschränkt ist (3). Damit ist im Bundesstaat wenig anzufangen. Im Bund-Länder-Verhältnis ergibt sich eine Nachbarschaft dieser Art gar nicht, da das Gliedstaatenterritorium gleichzeitig auch Gebiet des Bundesstaates ist. Im Verhältnis der Länder untereinander würden sich die Grundsätze der Guten Nachbarschaft nur auf die Bundesländer beschränken, die eine gemeinsame Grenze haben. Daß diese Konsequenz mit der Bundestreue als umfassendes Rechtsprinzip des Bundesstaates unvereinbar ist, liegt auf der Hand.

Insgesamt läßt sich daher feststellen, daß aus der Definition des Bundesstaates als eines aus Staaten zusammengesetzten Staates auch in Anlehnung an das Völkerrecht keine Rechtsgrundlage für die Bundestreue gefunden werden kann.

1) vgl. VERDROSS a.a.O. S. 294;

2) BERBER a.a.O. S. 299;

3) vgl. dazu die immer wieder genannten Beispiele: Rauchentfaltung, Flußversickerung (VERDROSS S. 293 f, BERBER a.a.O. S. 298);

§ 11

V. Die verschiedenartige Ausgestaltung des Bundesgliedstaaten-Verhältnisses in bestehenden Bundesstaaten

Will man die Bundestreue aus dem Wesen des Bundesstaates ableiten, so müßten daraus - aus dem Wesen - entscheidende Faktoren für das Bund-Länder-Verhältnis abgelesen werden können.

Ein kurzer Blick auf andere Bundesstaaten und die Bundesrepublik zeigt jedoch, daß gerade die Beziehungen von Gliedstaaten und Bundesstaat solch unterschiedlichen Regelungen unterliegen, daß man daraus keinen allgemein gültigen Satz ableiten kann, der auf alle Bundesstaaten Anwendung finden könnte (1). Bereits eine Aufzählung derjenigen Staaten, die als Bundesstaaten angesehen werden oder die sich selbst zumindest als solche bezeichnen, macht deutlich, welch große Unterschiede hier bestehen. Hierzu gehören: die Vereinigten Staaten von Nordamerika, Kanada, Australien, Brasilien, Argentinien, Mexiko, Venezuela, Pakistan, Indien, die Sowjetunion, Österreich, seit 1969 die Tschechoslowakei, die Schweiz und junge Staaten Afrikas wie Kamerun (2), Uganda (3), Nigeria (4).

Bundesstaaten von kurzer Lebensdauer waren die Föderation Mali (1959 bis 1963) und die Zentralafrikanische Föderation (1953 bis 1963) (5).

-
- 1) Die Darstellung folgt hier im wesentlichen den Ausführungen von HENRICHS S.31 ff, vgl. auch SCHEUNER Föderalistische Ordnung S. 63 ff;
 - 2) vgl. Verfassung vom 1. September 1961 bei PEASLEE S. 34 ff;
 - 3) vgl. Chap. I Sec. 2 der Verfassung vom 30. September 1963 bei PEASLEE S. 921;
 - 4) vgl. Chap. I Sec. 2 der Verfassung vom 1. Oktober 1963 bei PEASLEE S. 592;
 - 5) vgl. PEASLEE S. 1024;

Südafrika, das gelegentlich als Bundesstaat bezeichnet wurde (1), kann zumindest seit der Verfassungsänderung von 1961 nicht mehr unter diese Staatsform fallen, da die vier Gebietsteile ausdrücklich als "provinces" bezeichnet werden (2) (3).

1. Die Zuständigkeitsverteilung

Hinsichtlich der Verteilung der Zuständigkeiten können wir zunächst einen fundamentalen Unterschied zwischen den Bundesstaaten des anglo-amerikanischen Bereichs (4) und den westeuropäischen Bundesstaaten feststellen. In jenen sind Bund und Einzelstaaten zuständig für die **G e s e t z g e b u n g** über bestimmte Sachgebiete, ohne daß eine ausdrückliche Regelung der **V e r w a l t u n g** erfolgt ist. Die Gesetzesausführung erscheint als eine Art Annexkompetenz zur Gesetzgebungsbefugnis, was sich niederschlägt in der Existenz von parallel organisierten Verwaltungszügen des Bundes und der Gliedstaaten. Jeder Teil führt das von ihm geschaffene Recht durch **e i g e n e** Verwaltungsbehörden aus (5). Korrespondierend hierzu

1) vgl. BERNHARDT S. 90;

2) so früher schon BERNHARDT a.a.O., vgl. Part I Sec. 1 der Verfassung vom 25. Januar 1961 bei PEASLEE S. 808 f;

3) An dieser Stelle ist es nicht uninteressant zu erwähnen, daß es auch durchaus Fälle geben kann, in denen die Bildung eines neuen Staates aus zwei schon existierenden Staaten nicht immer zu einem Bundesstaat führt, wie das Beispiel Tansanias beweist. Die Staaten Tanganyjka (unabhängig seit 9. Dezember 1961) und Sansibar (unabhängig seit 10. Dezember 1963) schlossen sich am 26. April 1964 durch einen Unionsakt, der von den Parlamenten beider Staaten ratifiziert wurde, zu einem Einheitsstaat zusammen; vgl. PEASLEE S. 857 ff, 1101 ff;

4) zu diesem Bereich sind folgende Staaten zu zählen: USA, Kanada, Australien;

5) hinsichtlich der Durchbrechung des Grundprinzips durch das System der "grants in aid" in den USA vgl. KEWENIG AöR 93 S. 433 ff;

verfügen Bund und Einzelstaaten auch über getrennte Gerichtszüge.

Demgegenüber kommt hinsichtlich Gesetzgebung und Verwaltung in den westeuropäischen Bundesstaaten (1) eine starke Verbindung von Bund und Gliedstaaten zum Ausdruck. Während das Schwergewicht der Gesetzgebung beim Bund liegt, erfolgt der Gesetzesvollzug grundsätzlich durch die Gliedstaaten. Die Existenz von eigenen Verwaltungszügen des Bundes ist die Ausnahme und bedarf einer besonderen Ermächtigung in der Verfassung (2). Sonst beschränkt sich die Funktion des Bundes auf eine Aufsicht über die Gesetzesausführung und auf eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung durch Bundesgerichte, die gegen Entscheidungen der Ländergerichte angerufen werden können, da die Zuständigkeit für die Einrichtung der unteren Gerichte bei den Gliedstaaten liegt.

Den anglo-amerikanischen Bundesstaaten ist eine dem Art. 84 GG entsprechende Bundesaufsicht über den Vollzug der Bundesgesetze fremd, da die Gesetzesausführung bei der Bundesverwaltung selbst liegt (3).

Ebenso fehlt es weitgehend an einem Instrument des Bundes, gegen die Bedrohung des Bundesstaates als solchen oder die Bedrohung der inneren Sicherheit eines Gliedstaates vorzugehen, wie sie den westeuropäischen Bundesstaaten in Form von Bundeszwang und

1) hierzu zählen: Schweiz, Bundesrepublik Deutschland; Österreich ist zumindest nach Aussage seiner Verfassung, Art. 2 Abs. 1, ein Bundesstaat; seit die Verfassungsnovelle von 1962 den Bundesländern jedoch einen wesentlichen Teil ihrer Kulturhoheit (Schulwesen) als Kernbereich der Staatlichkeit entzogen hat, bestehen begründete Zweifel an der Charakterisierung als Bundesstaat; vgl. TIEMANN Gemeinschaftsaufgaben S. 321;

2) vgl. Art. 86, 87 GG;

3) HENRICHS S. 33 f sieht einen gewissen Ersatz hierfür in der Rechtskontrolle der Gerichte;

der Einsatzmöglichkeit von Polizei oder Militär zur Verfügung steht (1), das nicht ein Ersuchen des betroffenen Landes voraussetzt (2).

2. Die Mitwirkung an der Gesetzgebung des Bundes
Auch die Mitwirkung der Einzelstaaten an der Bundesgesetzgebung unterliegt verschiedensten Regelungsprinzipien. Während in den USA und der Schweiz die Gliedstaaten in dem föderativen Gesetzgebungsorgan (Senat bzw. Ständerat) gleichmäßig, d.h. mit je zwei Stimmen vertreten sind, haben die Bundesländer im Bundesrat unterschiedlich viele Stimmen, die von ihrer Bevölkerungszahl abhängen (3). Handelt es sich bei den Vertretern der Länder im Bundesrat um Mitglieder der Landesregierung (4), so werden im Gegensatz dazu die Senatoren bzw. Ständeräte der entsprechenden Organe durch allgemeine Wahlen bestimmt. Hierdurch eröffnet sich ein völlig anderes Verhältnis von Bund und Gliedstaat auf politischem Gebiet (5). Durch die Weisungsbefugnis der Landesregierungen gegenüber ihren Bundesratsvertretern (6) ist die Spitze

1) vgl. Art. 37, 91 GG, Art. 85 Nr. 7 und 8 SBV; zur Bundesexekution in der Schweiz vgl. BURCKHARDT Kommentar S. 684 f, RUPP S. 50 f;

2) vgl. Art. 91 Abs. 2 und 115 f GG; im Gegensatz hierzu kann in den USA die Nationalgarde oder die Bundestruppen nur auf Ersuchen des betroffenen Staates eingesetzt werden, es sei denn, es handelt sich um den Vollzug von Bundesgesetzen; vgl. HENRICHS S. 34;

3) vgl. Art. 51 Abs. 2 GG;

4) Art. 51 Abs. 1 GG;

5) Die von HENRICHS S. 35 noch genannte Form der Teilnahme der nordamerikanischen Einzelstaaten am Verfassungsleben des Bundes durch die Wahl der Wahlmänner zur Präsidentenwahl ist inzwischen weggefallen. Der Präsident der USA wird nunmehr direkt, ohne Zwischenschaltung der Wahlmänner, vom Volk gewählt.

6) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 51 Rdz. 14, 15;

der Länderexekutive in die Lage versetzt, ihre Auffassung im Bundesrat zu vertreten, während bei unabhängigen gewählten Senatoren und Ständeräten diese Möglichkeit nicht gesichert ist. So kann der Senat der USA durchaus eine der Mehrheit der Staaten widersprechende Politik treiben.

3. Die territoriale Integrität der Gliedstaaten
Ein gleichfalls unterschiedliches Bild ergibt eine Betrachtung der verschiedenen Möglichkeiten, den Bestand der Einzelstaaten zu regeln. Hier offenbart sich in besonderer Weise, wie differenziert das Verhältnis vom Bundesstaat zum Bundesgliedstaat gestaltet sein kann.

Die Einzelstaaten der USA, der UdSSR und die Kantone der Schweiz können für sich einen absoluten Bestandschutz in Anspruch nehmen, da keine Gebietsänderung ohne ihre Zustimmung erfolgen darf (1). Demgegenüber verfügt der Bund gem. Art. 29 GG über weitreichende Befugnisse zur Umgestaltung der Bundesländer, die bis zur Beseitigung eines einzelnen Landes gehen kann und nicht einmal der Zustimmung des föderalen Bundesorgans - des Bundesrats - bedarf (2). Die Grenze für die ausschließliche Regelungsbefugnis des Bundes stellt lediglich Art. 79 Abs. 3 dar, der die bundesstaatliche Ordnung als solche für unabänderlich erklärt; wann diese Grenze überschritten wird, ist nicht eindeutig. Möglicherweise würde die Existenz von zwei Bundesländern den Anforderungen des Art. 79 Abs. 3 GG noch genügen (3).

1) vgl. Art. 18 der Verfassung der UdSSR, abgedruckt bei SONN S. 172; Art. 5 SBV;

2) vgl. BVerfG 13 S. 73 f;

3) Die materiellen Bedingungen für die Art der Neugliederung gem. Art. 29 Abs. 1 GG werden im modernen, nach Unitarisierung strebenden Industriestaat keine unüberwindbaren Hindernisse darstellen. Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Funktionsfähigkeit des Bundesrats in diesem Fall äußert HARBICH S. 156 f;

Die umfassende Kompetenz des Bundes auf dem Gebiet der Neugliederung hat USTERI veranlaßt, der Bundesrepublik den Charakter eines Bundesstaates überhaupt abzusprechen; er hält sie für einen dezentralisierten Einheitsstaat (1).

4. Der Einfluß der Gliedstaaten auf die Gesamtverfassung

Auch der Einfluß der Einzelstaaten auf eine Änderung der Gesamtverfassung ist unterschiedlich ausgebildet. Genügt in der Bundesrepublik noch eine Zweidrittelmehrheit im Bundestag und Bundesrat (2) (Art. 79 Abs. 2 GG), so kommt in den USA die Verfassungsänderung nur zustande, wenn außerdem noch zwei Drittel der Einzelstaaten - d.h. deren gesetzgebende Organe - zustimmen. In der Schweiz schließlich ist für die Änderung der Bundesverfassung neben der Mehrheit der Kantone ein Verfassungsreferendum erforderlich, in dem die Mehrheit der Bevölkerung der Änderung zustimmen muß (3).

5. Die Beziehungen der Gliedstaaten zum Ausland

Das Verhältnis des Bundes zu den Gliedstaaten auf dem Gebiet der auswärtigen Gewalt unterliegt ebenfalls keiner einheitlichen Regelung in allen Bundesstaaten. Hier gilt zwar der Grundsatz, daß dem Bund der Vorrang zukommt (4), jedoch ist die weitere Gestaltung der Kompetenzen auf diesem Gebiet unterschiedlich.

-
- 1) USTERI Bundesstaat S. 334 f;
 - 2) hier offenbart sich der Unterschied von Senat und Bundesrat. Die Zustimmung der von der Regierung des Einzelstaats unabhängigen Senatoren genügt für die Verfassungsänderung nicht.
 - 3) vgl. Art. 120 ff SBV; zur Verknüpfung von Kantonsmehrheit und Bevölkerungsmehrheit vgl. RUPP S. 220 f und Art. 123 SBV;
 - 4) vgl. BERNHARDT S. 33 f;

Eine Gruppe von Staaten (1) läßt den Bundesgliedstaaten keinerlei Befugnis, im Verhältnis zu anderen Völkerrechtssubjekten Aktivitäten zu entfalten. Hier werden die Einzelstaaten durch den Bundesstaat mediatisiert. Anders liegen die Verhältnisse in der Schweiz und der Bundesrepublik, wo dem Kanton und dem Bundesland die Handlungsfähigkeit im internationalen Bereich nicht völlig genommen wird, sondern eine - wenn auch beschränkte und von der internen Zustimmung des Bundes abhängige - Befugnis zum Abschluß völkerrechtlicher Verträge besteht (2). In der Sowjetunion besteht nach dem Text der Verfassung sogar für die Einzelrepublik die Möglichkeit, eine eigene Außenpolitik zu betreiben (3), was sich in der Mit-

-
- 1) hierzu zählen praktisch die USA, wo den Gliedstaaten "treaties, alliances or confederations" unter-sagt sind (Art. I Sec. 10), allerdings "agreements" und "compacts" über unbedeutende lokale Angelegenheiten möglich sind, wovon kein Gebrauch gemacht wird, vgl. BERNHARDT S. 78; s. auch SCHEUNER a.a.O. S. 66; Kanada, vgl. Sec. 91 der Verfassung, wo eine Zuständigkeitsvermutung für den Bund niedergelegt ist; Australien, das zumindest nach einer Entscheidung des High Court von 1936 (vgl. BERNHARDT S. 88 ff) eine umfassende Vertragsschlußkompetenz hat; eine verfassungsgesetzliche Regelung fehlt; Sec. 51 spricht nur von "trade and commerce with other countries (I)" und "external affairs" (XXIX); Indien, wo sowohl eine umfassende Abschluß- als auch Transformationskompetenz zugunsten der Union besteht, vgl. 7th Schedule List 1 (Union List) No. 10 bis 15 und 41 sowie Art. 253; ebenso Österreich, Art. 10 Ziff. 2, 65 Abs. 1 und Art. 16 ÖBV, sowie Argentinien, Brasilien, Jugoslawien, Kamerun, Mexiko, Nigeria, Südafrika, Tansania, Uganda, Venezuela (vgl. SACHAU S. 152);
 - 2) vgl. Art. 32 Abs. 3 GG, Art. 8 bis 10 der Schweizer Bundesverfassung;
 - 3) Die Verfassungsänderung von 1944 gestattete den Republiken eigene Außenministerien und einen diplomatischen Dienst, vgl. Art. 14 a, 18 a und 60 e des bei SONN wiedergegebenen Textes. (S. 172 ff)

gliedschaft der Ukraine und Weißrußlands in den Vereinten Nationen dokumentiert (1).

6. Schlußfolgerung

Somit offenbart sich eine große Zahl gravierender Unterschiede im Verhältnis der Gliedstaaten zum Bund in den eben genannten Bundesstaaten, daß es schwerfällt, von einem einheitlichen Bundesstaatsbegriff zu sprechen. Mag man diesen Begriff noch aufrechterhalten für all diejenigen Staaten, die sich aus verfassungsautonomen Gliedstaaten zusammensetzen, ohne Rücksicht auf die Ausgestaltung der Beziehungen von Bund und Einzelstaat, so scheint es aber unmöglich zu sein, ein für alle Bundesstaaten in gleicher Weise gültiges Prinzip als "Wesen des Bundesstaates" zu finden, das eine entscheidende Aussagekraft für das Verhältnis von Gliedstaat und Bund und damit für die Bundestreue besitzt (2).

7. Das weitgehende Fehlen eines der Bundestreue entsprechenden Instituts in anderen Bundesstaaten

Gestützt wird dieses Ergebnis von einer rechtsvergleichenden Betrachtung.

In den Vereinigten Staaten von Nordamerika ist der Grundsatz der Bundestreue nur in schwachen Ansätzen erkennbar und darüber hinaus im wesentlichen durch Entscheidungen des Bundesgerichts aus dem 19. Jhd. be-

-
- 1) zur Praxis SONN S. 47 ff; s. auch BERNHARDT S.98 f;
 - 2) im Ergebnis ebenso: BULLINGER AöR 87 S. 493 f, SCHEUNER DÖV 1962 S. 641, HESSE Unitarischer Bundesstaat S. 9 Anm. 44, J.KAISER ZausÖRVR Bd. 18 S. 543, J.SCHMIDT S. 119 Anm. 1; gegen eine Begriffsbestimmung des Bundesstaates durch die allgemeine Staatsrechtslehre, Rechtsvergleichung oder Verfassungsgeschichte RUDOLF Bund und Länder S. 9, ebenso LEIBHOLZ Gleichheit S. 135 f gegen einen allgemeinen Bundesstaatstypus.

legt (1). In dem Streitfall McCulloch v. Maryland aus dem Jahr 1819 wurde die Verpflichtung der Gliedstaaten zur bundesfreundlichen Ausübung ihrer Kompetenzen bejaht. Im Endergebnis führt die Entscheidung jedoch zu einer erheblichen Erweiterung der Bundeskompetenzen.

Eine korrespondierende Pflicht des Bundes zur Länderfreundlichkeit ist nur schwach ausgebildet (2).

Soweit man überhaupt von einem der Bundestreue vergleichbaren Institut sprechen kann, hat dies nur eine Bedeutung auf dem Gebiet der Finanzverfassung erlangt, das von dem Grundsatz der "intergovernmental immunity" geprägt war (3), der seinerseits auf der rechtlichen Gleichordnung von Bund und "states" basierte, und in dem Schlagwort des "dual federalism" Ausdruck fand (4). Die Vorstellung einer Nebenordnung der Staaten zum Bund ist aber seit Beginn der New-deal-Gesetzgebung (1937) vom Kooperationsgedanken abgelöst worden. Die nahezu völlige Bedeutungslosigkeit der Bundestreue in den Vereinigten Staaten wird durch die von LOEWENSTEIN angeführten Beispiele unterstrichen (5).

Auch im Schweizer Staatsrecht kann der Bundestreue oder einem vergleichbaren Rechtsinstitut keine große Bedeutung beigemessen werden.

Die Ausführungen USTERIS (6) stehen auf der Grundlage einer allgemeinen Bundesstaatslehre und können nicht als Beweis für eine allgemeine Geltung in der konkreten eidgenössischen Rechtsordnung herangezogen werden.

1) vgl. RUPP Festgabe für Carlo Schmid S. 146 ff;

2) vgl. RUPP a.a.O. S. 147;

3) Das bedeutete eine wechselseitige Steuerfreiheit von Bund und Einzelstaaten, vgl. LOEWENSTEIN Verfassung und Verfassungsrecht der Vereinigten Staaten S. 95 ff;

4) vgl. RUPP a.a.O. S. 147, KEWENIG AöR 93 S. 436 Anm. 8;

5) vgl. LOEWENSTEIN a.a.O. S. 90 ff;

6) USTERI S. 232 f;

Die Bedeutung des bundesfreundlichen Verhaltens hat sich praktisch mit der Gründung der "modernen Schweiz" (1) als Bundesstaat erschöpft, weil "man den Bund einfach wollte" (2). Gleichwohl bezeichnet USTERI die Bundesfreundlichkeit als geltendes Recht (2).

Soweit ersichtlich erwähnen nur noch FLEINER-GIACOMETTI den Begriff der Bundestreue oder des bundesfreundlichen Verhaltens im Schweizer Staatsrecht (3). Aus dem Zusammenhang ergibt sich jedoch, daß es sich nicht um eine rechtliche Kategorie handelt, wie sie im deutschen Staatsrecht verstanden wird, sondern als Verpflichtung der Kantone, einer Aufsichtsmaßnahme des Bundes (bundesrätliche Verfügung) (4) nachzukommen, angesehen wird.

Für Australien hat RUPP (5) einige Fälle aufgezeigt, die im weitesten Sinn etwas mit der Bundestreue gemeinsam haben. Nach Aufgabe der im Anschluß an die nordamerikanische Rechtsprechung entwickelten Lehre der "implied prohibition" (6) liegt jedoch nur eine (!) Entscheidung des High Court of Australia vor - bezeichnenderweise wiederum aus dem Gebiet der Steuerkompetenzen -, in der ausgesprochen wird, daß der Bund von seiner Kompetenz nicht in einer Weise Gebrauch machen dürfe, die eine normale Staatstätigkeit der Einzelstaaten verhindere oder gefährde (7).

1) USTERI S. 233; gemeint ist die Umwandlung des bis 1848 bestehenden Bundesvertrages in eine Bundesverfassung (vgl. USTERI S. 208, FLEINER-GIACOMETTI S. 10 f);

2) USTERI S. 233;

3) FLEINER-GIACOMETTI S. 144; anderen Autoren wie RUCK Schweizer Staatsrecht, BURCKHARDT Kommentar, LÜCHINGER Auslegung, scheint der Begriff unbekannt zu sein. Soweit dort von einer "Treupflicht" die Rede ist, bezieht sie sich auf das Verhältnis der Bürger und Auslandschweizer zum Staat; vgl. RUCK S. 144 f;

4) vgl. Art. 6 SBV;

5) RUPP Festgabe für Carlo Schmid S. 141 ff (147 ff);

6) vgl. dazu RUPP a.a.O. S. 147 und den oben zitierten Fall McCulloch v. Maryland;

7) vgl. RUPP S. 149;

§ 12

Der Rückgriff auf den Föderalismus oder die Legitimation des Bundesstaates

Der Bundesstaat erscheint als eine Form föderativer Gestaltung, und hierin wird allgemein sein Sinnprinzip erblickt (1). Man könnte daher versucht sein, über den Föderalismus als allgemeines Ordnungsprinzip zum "Wesen des Bundesstaates" und damit zur Bundestreue vorzustoßen.

Der Föderalismus wurde ideengeschichtlich entscheidend von Constantin FRANTZ (2) beeinflusst. Er geht aus von den materiellen Grundlagen der menschlichen Gesellschaft und schreitet stufenmäßig von dem Niederen zum Höheren fort, bis er sich zuletzt in die Region des Reingeistigen erhebt (3). Der Föderalismus erkennt einerseits alle Faktoren der Entwicklung in ihrer Eigenartigkeit an und verbindet sie andererseits zum Zusammenwirken (4). Auf diese Weise verbindet der Föderalismus nach C. FRANTZ auch die gesellschaftliche Organisation mit der staatlichen. Seine Lehre vom bündischen Staat mündet letztlich in der Forderung nach einer Weltföderation (5).

So wird der Föderalismus ein für alle gesellschaftlichen, staatlichen, sozialen und nationalen Lebensbereiche gültiges Aufbauprinzip.

Angesichts der Weite des föderalistischen Prinzips kann es auch in anderen Formen als in der des Bundesstaats verwirklicht werden, es vermag für sich allein noch nicht die spezifische Form der bundesstaatlichen Ordnung zu rechtfertigen (6). Daher wäre es auch ver-

1) K. HESSE, Ev. Staatslexikon Sp. 215;

2) C. FRANTZ Föderalismus

3) C. FRANTZ a.a.O. S. 422

4) von C. FRANTZ dargestellt an der Oekonomie a.a.O. S. 1 ff;

5) C. FRANTZ a.a.O. S. 423;

6) K. HESSE, Ev. Staatslexikon Sp. 216;

fehlt, aus diesem allgemeinen, weiten Prinzip eine Rechtsgrundlage der Bundestreue abzuleiten.

Die neuere Staatsrechtslehre hat jedoch verschiedenste, konkretere Gesichtspunkte herausgearbeitet, nach denen der Bundesstaat seine Deutung und Rechtfertigung erhalten soll. Die einzelnen Anknüpfungspunkte sollen nunmehr auf ihren Gehalt zur Bundestreue untersucht werden. Es wird sich daher hauptsächlich die Frage stellen, ob aus ihnen eine Aussage für die Bundestreue und deren Rechtsgrundlage gewonnen werden kann.

1. Das Gewaltenteilungsprinzip

Durch die Verteilung von Aufgaben und Befugnissen auf eine Vielzahl von Kompetenzträgern wird der zentralistischen Tendenz des modernen Staates entgegengewirkt, die zu einer ständig wachsenden Machtfülle in einer Hand auszufernen droht und der der einzelne Staatsbürger ohnmächtig gegenübersteht (1). Hier schafft der bundesstaatliche Aufbau ein Balancesystem der Kräfte, die sich gegenseitig begrenzen und das machthemmend wirkt (2), wodurch der Freiheits-

-
- 1) vgl. STEIN S. 105, HESSE Unitarischer Bundesstaat S. 14 ff;
 - 2) HESSE Grundzüge S. 99 f, im Ansatz ebenso BVerfG 12 S. 229, PFEIFFER NJW 1962 S. 565 ff (566). Die Idee, den bundesstaatlichen Aufbau mit dem gewaltenteilenden und -hemmenden Prinzip in Verbindung zu bringen, ist keineswegs neu. Bereits im "Federalist" Nr. 31 (Hamilton) S. 181 ist von "verfassungsmäßigem Gleichgewicht" zwischen der Union und den Regierungen der Mitgliedstaaten die Rede. Zur Balancierung der Staatsgewalt vgl. auch C. SCHMITT Parlamentarismus S. 50, der die Entwicklung seit dem 16. Jhd. kurz aufzeigt; vgl. auch C. SCHMITT Verfassungslehre S. 389: die bundesstaatliche Organisation dient einem komplizierten System von Gewaltenunterscheidung und Dezentralisation; vgl. auch W. SCHMIDT AöR 87 S. 265 ff; J.H. KAISER Repräsentation S. 359, W. WEBER Festschrift C. SCHMITT S. 267 f, ZACHER VVDStRL 21 S. 130, SÜSTERHENN Föderalistische Ordnung S. 29 f, ZEIDLER AöR 86 S. 387 f, GEIGER Mißverständnisse S. 31, NEUNREITHER S. 125, 128;

raum des einzelnen Staatsbürgers vergrößert und gesichert wird. Es wäre aber verfehlt zu glauben, daß in der Gewaltenteilung der alleinige Sinn des Bundesstaates zu suchen ist (1). Das gleiche Ergebnis könnte auch hier auf dem Wege einer starken Dezentralisation erreicht werden (2). Auch in dieser Beziehung stellt der Bundesstaat wiederum nur eines der möglichen Mittel dar, um zum Ziel zu gelangen.

Folgt man der Ansicht HESSEs, so muß man mit ihm zum - auch hier vertretenen - Ergebnis kommen, daß sich die Bundestreue nicht aus dem Wesen des Bundesstaates rechtfertigen läßt. Der Grund hierfür liegt aber nicht in dem Umstand, daß nicht gesagt wird, worin das "Wesen" heutiger Bundesstaatlichkeit besteht (3), sondern weil aus der Sicht der Gewaltenteilung im Interesse eines größeren Freiheitsschutzes des einzelnen Bürgers keine Aussage über das Verhältnis von Bund und Ländern gemacht werden kann. Eine Regelung, die der Freiheit des Staatsbürgers (4) dient, ist nicht aussagekräftig für das Verhältnis von Bund und Ländern, da dieses Grundverhältnis vorausgesetzt wird. Es ist zwar möglich, die Gestaltung der Bund-Länder-Beziehungen in Einzelfragen an diesem Ziel zu orientieren, aber die Möglichkeit horizontaler Gewaltenteilung setzt das Vorhandensein von unab-

-
- 1) so offenbar HESSE Unitarischer Bundesstaat S. 27 ff;
 - 2) vgl. auch LERCHE VVDStRL 21 S. 80. Umgekehrt rechtfertigt KÜBLE den Föderalismus aus der Notwendigkeit zur Dezentralisation der staatlichen Aufgaben; vgl. den Bericht über die Loccumer Tagung 1967 in DVBl. 1969 S. 96 ff (100). Dieses Argument rechtfertigt jedoch nicht die Eigenstaatlichkeit der Länder.
 - 3) so die Kritik HESSEs an den Ausführungen BAYERS (Unitarischer Bundesstaat S. 9 Anm. 44);
 - 4) sei es die Einzelperson oder die Minderheitsgruppe. Zu Minderheitenschutz und Gewaltenteilung vgl. SALZWEDEL VVDStRL 21 S. 132 f. Die Beziehungen zwischen Föderalismus und Freiheit der Einzelperson stellt besonders deutlich heraus SÖSTERHENN Föderalistische Ordnung S. 33 ff;

hängigen Entscheidungszentren voraus; es schafft diese nicht. So kommt dem Bundesstaat auch die Wirkung (1) einer Gewaltenteilung zu, es ist aber nicht die Bedingung für die Bundesstaatlichkeit, wohl nicht einmal das ausschlaggebende Motiv (2).

Versteht man die Bundestreue als einen Rechtssatz, der das Verhalten von Bund und Ländern zueinander bestimmt, so wird weiterhin deutlich, daß der Gewaltenteilungsgedanke hier keine Bedeutung erlangen kann. Nach dem allgemeinen Verständnis der Bundestreue stellt sie materielle Regeln über die konkrete Ausformung der Bund-Länder-Beziehungen auf (3). Dazu ist jedoch der rechtsstaatlich motivierte Grundsatz der Gewaltenteilung nicht in der Lage. Ihm liegt zwar eine materielle Vorstellung - Schutz des Individuums vor der Staatsmacht - zugrunde, ihre Verwirklichung findet sie aber ausschließlich in der Formulierung organisationsrechtlicher Normen, die die verschiedenen Gewalten voneinander abtrennen (4). Aus der Bestimmung der einzelnen Gewalten durch den Grundsatz der Gewaltenteilung kann lediglich ein formal-organisationsrechtliches Verhältnis abgelesen werden, nicht aber materielle Rechtsnormen, die ihre Beziehungen zueinander regeln.

-
- 1) so formuliert HESSE selbst: "Der bundesstaatliche Aufbau vervollständigt die Ordnung des sozialen Rechtsstaats durch die ihm eigenen gewaltenteilenden Wirkungen" (Grundzüge S. 91, Hervorhebung nur hier);
 - 2) HARBICH S. 154, vgl. auch SCHEUNER DÖV 1962 S. 646, der in dem Gedanken der Ausbalancierung staatlicher Macht keine Rechtfertigung für die Existenz der Länder "als selbständige Zentren demokratisch legitimierter politischer Entscheidung" sieht. Daß durch den bundesstaatlichen Aufbau eine Gewaltenteilung bewirkt wird, erkennt SCHEUNER ebenfalls an (S. 648); vgl. PFEIFFER NJW 1962 S. 566, SCHEUNER VVDStRL 21 S. 122, vgl. auch SCHEUNER DÖV 1963 S. 198, wo er dies als eine "nicht intendierte Seitenwirkung" bezeichnet.
 - 3) vgl. BAYER S. 52;
 - 4) vgl. Art. 20 Abs. 3, 70, 83, 92 GG;

2. Ethisch-moralisch fundierte Auffassungen

Auch eine ethisch fundierte Auffassung der innerstaatlichen Ordnung kann keinen Aufschluß über das Verhältnis von Bund und Ländern geben.

Zweifelloos hat sich jegliche Staatsgewalt am Gemeinwohl zu orientieren (1), wodurch die Verfolgung selbstzweckhafter Interessen des Staates und seiner Organe ausgeschlossen wird (2).

Wie jede Art des gesellschaftlichen Pluralismus (3) will KÖTTGEN den bundesstaatlichen Aufbau in den Dienst des Gemeinwohls stellen (4). Auf die Gefahr, die Grenze zwischen Gemeinwohl und der Selbstorganisation gesellschaftlicher Patronage zu verwischen, hat in diesem Zusammenhang bereits LERCHE (5) aufmerksam gemacht. Aber auch wenn man den Gedanken des Gemeinwohls weiterverfolgt, führt diese Konzeption auf das Verhältnis von Staat und Individuum zurück, da das Gemeinwohl nicht ein aliud zum Wohl des einzelnen Staatsbürgers darstellt, sondern aus den subjektiven Freiheitsrechten des Bürgers konstituiert wird (6).

Hier ist die Lage ähnlich wie beim Gedanken der Gewaltenteilung: Eine Rechtfertigung der Bundesstaat-

1) KRÜGER Staatslehre S. 327 f;

2) ISENSEE S. 209, s. auch S. 271 ff;

3) zur Rolle der politischen Partei vgl. KÖTTGEN S. 90 ff;

4) KÖTTGEN Innerstaatliche Gliederung S. 96 f;

5) LERCHE VVDStRL 21 S. 84: "Zwischen der Buntheit der möglichen Interpretationen des Gemeinwohls einerseits und der Selbstorganisation gesellschaftlicher Patronage anderseits ist nur noch ein hauchdünner Trennungsestrich."

6) vgl. ISENSEE S. 271 f. Die subjektiven Freiheitsrechte der einzelnen werden zu Gemeinschaftswerten objektiviert, so wie die individuellen Interessen zu öffentlichen Interessen verschmelzen" (S. 272).

lichkeit, die auf das Verhältnis von der Staatsgewalt zum Individuum abgestellt ist, hat für die Bundestreue als Rechtssatz im Bund-Länder-Verhältnis keine Aussagekraft.

Im übrigen ist die Orientierung am Gemeinwohl nichts spezifisch Bundesstaatliches; vor diese Aufgabe ist jedes Gemeinwesen gestellt.

3. Homogenitätsprinzip

In neuerer Zeit ist verschiedentlich versucht worden, die Bundesstaatlichkeit aus dem Gedanken des Homogenitätsprinzips zu rechtfertigen. Hier wird man zwei Richtungen auseinanderhalten müssen.

a) Materielles Homogenitätsprinzip

Die Verknüpfung des Bundesstaates mit dem Grundsatz der Homogenität beruht im wesentlichen auf den Untersuchungen von Carl SCHMITT (1), der ihn zur Lösung der "Antinomien im Bundesstaat" (2) herangezogen hat. Jeder Bundesstaat verlangt ein Mindestmaß an Homogenität zwischen Bund und Gliedstaaten sowie der Gliedstaaten untereinander (3), welche eine "konkrete seinsmäßige Übereinstimmung der Gliedstaaten begründet und es bewirkt, daß der extreme Konfliktsfall innerhalb des Bundes nicht eintritt" (4). In diesem Sinn kommt dem Homogenitätsprinzip ein **m a t e r i e l l e r** Inhalt zu (5). Aus ihr lassen

1) C.SCHMITT Verfassungslehre S. 375 ff;

2) vgl. C.SCHMITT a.a.O. S. 370 ff;

3) vgl. hierzu die Verfassungsbestimmungen Art. 28 Abs. 1 GG, Art. 6 SBV, Art. 4 sect. IV USA, Art. 17 WRV;

4) C.SCHMITT Verfassungslehre S. 376, vgl. auch KRÜGER DVBl. 1951 S. 361 ff (364), FROWEIN S. 63, BVerfG 9 S. 279; zur Frage der Homogenität und Grundrechten GROSS DVBl. 1950 S. 5 ff;

5) LERCHE VVDStRL 21 S. 86 Anm. 73 bezeichnet sie als "bündische" Homogenität;

sich aber keine konkreten Aussagen über Bund und Länder machen, weil die so verstandene Homogenität eine **V o r a u s s e t z u n g** für die Möglichkeit des Bundesstaates ist (1). Sie muß vorhanden sein, um überhaupt einen bundesstaatlichen Aufbau zu ermöglichen (2). Die bundesstaatliche Verfassung kann daher nur Regelungen darüber treffen, wieweit jene notwendige Gleichgestimmtheit von Bund und Einzelstaaten gewahrt, gesichert und eventuell ausgebaut werden kann (3). Sie kann aber die Voraussetzung für die Existenzmöglichkeit des Bundesstaates selbst nicht schaffen. Damit kommt dem Homogenitätsprinzip die Funktion zu, die Ansatzpunkte für einen existentiellen Konflikt zwischen Bund und Ländern von vornherein zu beseitigen. Es scheiden auf der **V o r s t u f e** der Bundesstaatlichkeit die typischen Konfliktursachen aus (4). Die möglichen Ursachen für einen Konflikt zwischen Bund und Ländern werden im Ansatz verringert. Als **F o l g e** ergibt sich daraus eine gewisse Sicherung der Funktionsfähigkeit des Bundesstaates (5), obwohl der denkbar schwerste Konflikt zwischen Bund und Ländern, das Auseinanderbrechen des Bundesstaates, nicht endgültig ausgeschaltet werden kann.

Versteht man das Homogenitätsprinzip als Voraussetzung für die Möglichkeit des Bundesstaates, wird klar, daß damit noch nicht das Verhältnis von Bund und Gliedstaat im konkreten Bundesstaat bestimmt werden kann.

-
- 1) vgl. C.SCHMITT a.a.O. S. 388;
 - 2) ebenso LERCHE a.a.O. S. 86 Anm. 73, FORSTHOFF Öffentliche Körperschaft S. 110;
 - 3) vgl. Art. 28 GG, v.MANGOLDT-KLEIN Anm. II 2 a Art. 28, FORSTHOFF a.a.O.
 - 4) WERNER Homogenitätsprinzip S. 22 ff (27);
 - 5) Die Bedeutung der Homogenität für die Funktionsfähigkeit des Bundesstaates erkennen an: LERCHE VVDStRL 21 S. 66 ff (87), FORSTHOFF Öffentliche Körperschaft S. 110, v.MANGOLDT-KLEIN Art. 28 Anm. II 2 a;

Ebenso scheint es aber auch nicht richtig, aus dieser Voraussetzung den Bundesstaat abstrakt zu erklären (1). Diesem bleibt in der Bundesverfassung die Aufgabe überlassen, die Sicherungen zur Wahrung der vorausgesetzten Gleichgestimmtheit einzubauen, wobei er weitgehende Freiheit in der Gestaltung genießt (2). Somit kann aber erst an Hand der getroffenen verfassungsgesetzlichen Entscheidung erkannt werden, welche Auswirkungen das Homogenitätsprinzip auf das Bund-Länder-Verhältnis hat.

b) Verfahrensmäßiges Homogenitätsprinzip

LERCHE (3) unternimmt es, den Föderalismus als nationales Ordnungsprinzip allein aus dem Gesichtspunkt einer verfahrensmäßigen Homogenität zu rechtfertigen. Die im Anschluß an C.SCHMITT (4) als materiell begriffene Homogenität, die nur eine Minimalforderung für die Möglichkeit des Bundesstaates aufstelle und den extremen Konfliktfall verhindern soll, passe nicht "zu dem in Funktion gesetzten Bund" (5).

Es müsse auf die "Konflikte des täglichen Betriebes" abgestellt werden, für deren Lösung eine "Mindestge-

-
- 1) Anschaulich formuliert LERCHE VVDStRL 21 S. 84 Anm. 84: "Eine Vorbedingung kann man jedenfalls nicht aus ihrer Selbstverständlichkeit heben und zur Hauptsache machen."
 - 2) Art. 28 Abs. 1 GG, vgl. auch BVerfG 24 S. 390, wonach Art. 28 Abs. 1 GG eine gewisse Homogenität herbeiführen soll, was aber nicht Konformität oder Uniformität bedeutet. DÜRIG in Festschrift Kern S. 65 ff zur Frage der Homogenität und des Wahlrechts.
 - 3) LERCHE VVDStRL 21 S. 66 ff (84 ff);
 - 4) vgl. oben S. 67;
 - 5) LERCHE a.a.O. S. 86; damit wird die oben wiedergegebene Auffassung bekräftigt, daß aus dem Homogenitätsgedanken im existenten Bundesstaat keine Erkenntnisse mehr gewonnen werden können, da die Bundesstaatsverfassung nur noch auf Sicherung und Wahrung der vorgegebenen Homogenität ausgerichtet werden kann (vgl. S. 68);

geschlossenheit der gegebenen politischen Zentren im Verfahren vorhanden sein muß" (1). Der Übergang vom bloßen Bündnis zum Bund werde durch eine Verdichtung der einzelnen Schlichtungsinstanzen zur Geschlossenheit der verfahrensmäßigen Homogenität bewirkt. Aus diesem Gesichtspunkt gewinne der Gedanke der Bundestreue - nach LERCHE "Bundessinn" (2) - seine abschließliche Erklärung und Rechtfertigung (3).

Eine solche Deutung des Bundesstaates und der Bundestreue kann kaum befriedigen, weil die Fragen gleichsam auf den Kopf gestellt werden. Die Bundestreue ist nach LERCHE dasjenige Instrument, durch das die verfahrensmäßige Homogenität verwirklicht wird. Die geforderte "Gleichgestimmtheit im Typ des Entstehungsverfahrens" (4) soll aber ihrerseits die Rechtfertigung für den Bundesstaat abgeben; aus ihr bezieht der Bundesstaat nach LERCHE seine Legitimation.

Nach allen bisherigen Auffassungen kann es aber nur umgekehrt sein, daß die Bundestreue ihre Begründung aus dem Bundesstaat oder dessen Wesen erfährt. Die Bundestreue kann nur eine Folge bundesstaatlicher Ordnung sein (5). Dies gilt gleichfalls für den von LERCHE hergestellten Zusammenhang von Bundestreue und verfahrensmäßiger Homogenität im Entstehungsverfahren. Die zu entstörenden Konflikte sind solche des bundesstaatlichen Verhältnisses; die Existenz des Bundesstaates muß also vorausgesetzt werden. Die Legitimation des Bundesstaates kann schwerlich darin zu finden sein, daß er ein Entstehungsverfahren für Konflikte bietet, die ohne den bundesstaat-

1) LERCHE a.a.O. S. 87;

2) LERCHE a.a.O. S. 88;

3) LERCHE a.a.O. S. 89;

4) LERCHE a.a.O. S. 89;

5) vgl. auch FUSS VVDStRL 21 S. 110;

lichen Aufbau erst gar nicht entstehen könnten. Diese Begleiterscheinung des Bundesstaates kann ebensowenig wie seine Voraussetzung - materielle Homogenität - herausgehoben und zur Hauptsache erklärt werden (1).

Die in den Vordergrund gestellte Verfahrenshomogenität macht den bundesstaatlichen Aufbau nicht zwingend erforderlich, sie kann auch durch Dezentralisation und Selbstverwaltung erzielt werden (2). DÜRIG vertritt sogar die Auffassung, daß sie sich am besten im Einheitsstaat erreichen ließe (3).

Schließlich lassen sich aus der Deutung des Bundesstaates als Instrument der Konfliktbereinigung keine Erkenntnisse für das Verhältnis von Bund und Ländern gewinnen.

4. Subsidiaritätsprinzip

Eine nicht zu übersehende Gruppe in der Staatsrechtslehre sieht die Rechtfertigung des Bundesstaates im allgemeinen Subsidiaritätsprinzip (4). Vereinzelt geht man sogar soweit, auch die Bundestreue als ein dem Subsidiaritätsgedanken entsprechendes Rechtsinstitut zu begreifen (5).

Die Aussage des Subsidiaritätsprinzips geht dahin,

-
- 1) so LERCHE selbst hinsichtlich des materiellen Homogenitätsprinzips VVDStRL 21 S. 84 Anm. 73;
 - 2) vgl. FUSS VVDStRL 21 S. 110;
 - 3) DÜRIG VVDStRL 21 S. 114;
 - 4) vgl. DÜRIG VVDStRL 21 S. 115, ders. JZ 1953 S. 198, v.d.HEYDTE Föderalistische Ordnung S. 130, KIPP Staatslehre S. 105, KÜCHENHOFF Staatslehre S. 30 ff (31) ARMBRUSTER Staatslexikon Bd. 3 Sp. 385 f, GEIGER BayVBl. 1964 S. 66: Föderalismus ist das Subsidiaritätsprinzip im Bereich der politischen Ordnung.
 - 5) vgl. Schriftsatz des Auswärtigen Amts vom 26. März 1956 an den Rechtsausschuß des Bundesrats, zit. in Konkordatsprozeß Bd. 2 S. 593;

daß die kleinere Einheit den Vorrang im Handeln vor der größeren Einheit hat, solange die Kräfte der kleineren ausreichen (1). Da man im Bundesstaat auf staatsrechtlicher Ebene einer Mehrheit von kleineren Einheiten - den Gliedstaaten - und einer größeren Einheit - dem Bundesstaat - begegnet, könnte sich der Bundesstaat als die staatsrechtliche Ausformung des Subsidiaritätsprinzips darstellen (2).

a) Das Subsidiaritätsprinzip ist kein unmittelbar anwendbarer Rechtssatz

Wenn man die Bundestreue als Rechtssatz aus dem Subsidiaritätsprinzip begründen will, müßte dieses zumindest zwei Bedingungen erfüllen. Es muß zunächst selbst die Qualität eines Rechtssatzes haben und außerdem die Beziehungen von Bund und Ländern rechtlich gestalten.

Das Subsidiaritätsprinzip trifft zwar eine materiale Aussage, es kommt ihm aber keine Bestimmtheit zu, die eine rechtliche Norm kennzeichnet (3), da seine Konkretisierung von den tatsächlichen Gegebenheiten abhängt (4). So schafft das Subsidiaritätsprinzip nicht bestimmte gesellschaftliche oder staatliche Einheiten, sondern gibt nur einen Anhalt für das mögliche Verhältnis der Einheiten

1) vgl. ISENSEE S. 28, MAUNZ-DÜRIG Art. 28 Rdz. 1, MAUNZ Staatsrecht S. 70, G. KOCHENHOFF NJW 1968 S. 435, THIELE Subsidiarität S. 12 ff, RUDOLF Bund und Länder S. 12;

2) Das Subsidiaritätsprinzip als gesellschaftliches Ordnungsprinzip kann hier außer Betracht bleiben, vgl. dazu die Darstellung bei ISENSEE (S. 23 ff) zur kirchlichen Soziallehre;

3) vgl. ISENSEE S. 73;

4) vgl. MÜLLER Staatslexikon Bd. 3 Sp. 537 f, SÜSTERHENN Föderalistische Ordnung S. 38 f, HERZOG Der Staat Bd. 2 S. 405, NELL-BREUNING Staatslexikon Bd. 7 Sp. 830;

zueinander (1). Dieses abstrakte Prinzip reicht nicht aus, um die konkreten Rechtsfragen zu entscheiden. Infolge der fehlenden Konkretisierung des Tatbestandes eignet sich das Subsidiaritätsprinzip nicht als ein rechtlicher Obersatz, unter den gewisse Lebenssachverhalte subsumiert werden können. "Es ist kein möglicher Rechts s a t z , sondern ein mögliches Rechts p r i n z i p " (2). Man wird zwar nicht so weit gehen müssen und dem Subsidiaritätsprinzip jegliche Eignung für eine juristische Verwertbarkeit absprechen (3), für die Entscheidung konkreter Rechtsfragen jedoch - und die Frage nach der Bundestreue ist eine solche - bietet es keinen Ansatzpunkt.

b) Der Niederschlag des Prinzips im Grundgesetz

Damit darf aber die Diskussion nicht abgebrochen werden; es besteht evt. noch die Möglichkeit nachzuweisen, daß der Nachranggrundsatz als Rechts p r i n z i p das Bund-Länder-Verhältnis hintergründig gestaltet hat und somit im Grundgesetz eine verfassungsrechtliche Konkretisierung erfahren hat.

Tatsächlich werden verschiedene Artikel des Grundgesetzes als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips aufgefaßt (4); dabei müssen jedoch all diejenigen Bestim-

1) vgl. hierzu LIEBRECHT DVBl. 1969 S. 98 li.Sp.

2) ISENSEE S. 73, Hervorhebung dort;

3) so ZEIDLER VVDStRL 19 S. 214, HAAS DVBl. 1960 S. 305, wohl auch HERZOG, der im Subsidiaritätsprinzip ein Leitmotiv für eine stabile, an den Erfordernissen der Wirklichkeit orientierte Sozialordnung sieht; (a.A. ISENSEE S. 74;) HERZOG a.a.O.

4) Die Meinung, daß das Subsidiaritätsprinzip dem GG zumindest mittelbar zugrunde liegt, wird vertreten von MAUNZ-DÜRIG Art. 1 Rdz. 54, DÜRIG JZ 1953 S. 198, KALKBRENNER JZ 1963 S. 211, GEIGER BayVBl. 1964 S. 65 f, G.KÜCHENHOFF NJW 1968 S. 435, ROELLENBEG DÖV 1968 S. 225 ff (237) sieht in den Grundrechten und im bundesstaatlichen Aufbau unmittlere Ausprägungen des Subsidiaritätsprinzips.

mungen des Grundgesetzes außer Betracht bleiben, die sich als möglicher Niederschlag des Subsidiaritätsprinzips im Verhältnis von Staat und Gesellschaft und Individuum darstellen, da aus ihnen keine Erkenntnisse über das Bund-Länder-Verhältnis gewonnen werden können. Hierzu sind zu rechnen die verfassungsrechtlichen Garantien für die Würde des Einzelmenschen, die Entfaltung seiner Persönlichkeit und seiner Freiheit (Art. 1 und 2 GG) (1), die Unabhängigkeit der Hochschulen (Art. 5 Abs. 3 GG) (2), die Familie (Art. 6 GG) (3), das Vereinswesen (Art. 9 Abs. 1) (4) und die Koalitionen (Art. 9 Abs. 3 GG) (5), die juristischen Personen (Art. 19 Abs. 3 GG) (6), die politischen Parteien (Art. 21 GG) (7), die Gemeinden und Gemeindeverbände (Art. 28 Abs. 2 GG) (8).

Ob die Garantie der Kirchen (Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 ff WRV) in Zusammenhang mit dem Subsidiaritätsprinzip als Regelung für **s t a a t l i c h e s** Verhalten gebracht werden kann, ist zumindest zweifelhaft, da sich der moderne Staat allein auf weltliche Zwecke beschränkt (9). Die Frage kann hier of-

-
- 1) Art. 1 und 2 werden als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips aufgefaßt von DÜRIG JZ 1953 S. 198, MAUNZ-DÜRIG Art. 1 Rdz. 53, Art. 2 Abs. 1 Rdz. 52, v.MUNCH JZ 1960 S. 305, MAUNZ Staatsrecht S. 71 hinsichtlich Art. 2;
 - 2) vgl. ISENSEE S. 252 f, 283;
 - 3) vgl. BVerfG 10 S. 83 ff, DÜRIG JZ 1953 S. 198, v.d.HEYDTE Vorrang S. 60, THIEME S. 19, ISENSEE S. 282 f, MAUNZ Staatsrecht S. 71;
 - 4) DÜRIG JZ 1953 S. 198, WITTKÄMPER S. 201, MENDER Recht und Staat 173 S. 28, MAUNZ Staatsrecht S. 71;
 - 5) ISENSEE S. 283, 292 f, NIPPERDEY Bd. 2 S. 28, 44, 153; MAUNZ Staatsrecht S. 71;
 - 6) THIEME S. 19, ISENSEE S. 292;
 - 7) THIEME S. 19;
 - 8) BARION Der Staat Bd. 2 S. 20 ff, MAUNZ-DÜRIG Art. 1 Rdz. 53, MENDER a.a.O. S. 28, v.MUNCH JZ 1960 S. 305 f, G.KÜCHENHOFF NJW 1968 S. 435, MAUNZ Staatsrecht S. 71, ISENSEE S. 243 ff;
 - 9) vgl. THIEME S. 19, ISENSEE S. 162 f, NAWIASKY Staatslehre Bd. 1 S. 40;

fenbleiben, weil ihre Beantwortung keine Erkenntnisse über das Bund-Länder-Verhältnis liefern kann (1).

c) Die Beschränkung auf die Aufgabenverteilung

Nach dem Inhalt des Subsidiaritätsgrundsatzes kann er sich im Verhältnis von Bund und Ländern nur in den Bestimmungen über die Aufgabenverteilung niederschlagen (2), wobei weniger die Aufzählung von bestimmten Sachgebieten im Vordergrund steht als die Grundnormen über die Kompetenzverteilung, wie sie in Art. 30, 70, 83 GG zum Ausdruck gekommen sind.

Damit wird zunächst deutlich, daß das Subsidiaritätsprinzip im Verhältnis von Bund und Ländern nur über einen T e i l a s p e k t der Bundesstaatlichkeit eine Aussage machen kann, wenngleich die Zuständigkeitsverteilung auch das Kernproblem jeder bundesstaatlichen Ordnung ist. Für andere Bereiche der Bund-Länder-Beziehungen, wie für die Fragen nach der Bestandskraft der Gliedstaaten, der Kontrollrechte des Bundes gegenüber den Ländern hinsichtlich der Wahrung der Gesamtverfassung und der Gesetzesausführung und über die Mitwirkung der Einzelstaaten an der Bundesgesetzgebung (3) kann aus dem Nachranggrundsatz kein Aufschluß erwartet werden, da insoweit keine Aufgaben v e r t e i l u n g zwischen Bund und Ländern vorliegt.

Die Grundnorm bundesstaatlicher Aufgabenzuweisung ist Art. 30 GG, der die Ausübung staatlicher Befugnisse und die Erfüllung staatlicher Aufgaben den Ländern zuweist, soweit das Grundgesetz nicht eine andere Regelung vorsieht oder zuläßt. In dieser Vorschrift, die

1) Zur Geltung des Subsidiaritätsprinzips innerhalb der Kirche vgl. ISENSEE S. 26 und 183 m.w.N.

2) ISENSEE S. 225;

3) vgl. SCHEUNER Föderalistische Ordnung S. 67, HENRICH S. 33;

im Grundsatz die staatlichen Aufgaben zunächst der kleineren Einheit, dem Gliedstaat, überträgt, kann der Grundsatz der Subsidiarität erkannt werden (1).

Doch hilft dieses Ergebnis kaum weiter für die Frage, ob dem Subsidiaritätsprinzip ein aktueller Rechtswert beizumessen ist, aus dem weitere Rechtsregeln deduziert werden könnten, wenn wir die Zuständigkeitsverteilung näher betrachten. Soweit dem Bund oder den Ländern Aufgaben zur ausschließlichen Wahrnehmung zugewiesen sind (für den Bund Art. 73 GG), hat sich das Subsidiaritätsprinzip mit der Verfassungsgebung erschöpft (2), da eine Umverteilung dieser Aufgaben nicht mehr nach dem allgemeinen Nachranggrundsatz vorgenommen werden kann, sondern nur noch auf dem Weg über die Verfassungsänderung (Art. 79 GG).

aa) Art. 72 Abs. 2 GG

Anders liegt es lediglich im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnisse (Art. 72, 74 GG), wo noch eine Beweglichkeit möglich ist. Die Vorschrift des Art. 72 Abs. 2 GG stellt für den Bund eine materielle Schranke auf, die er überwinden muß, um auf den in Art. 74 GG aufgezählten Sachgebieten Gesetze erlassen zu können. Soweit die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG nicht vorliegen, haben die Länder die Gesetzgebungsbefugnis. Daher scheint es möglich, den Subsidiaritätsgrundsatz als aktuell geltendes Recht gerade in Art. 72 Abs. 2 GG zu suchen, weil er hier eine Aussage über die Beweglichkeit der Aufgabenverteilung machen könnte.

1) Art. 30 GG als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips erkennen an: MAUNZ Staatsrecht S. 71, MAUNZ-DÜRIG Art. 28 Rdz. 1, BARION Der Staat Bd. 3 S. 20, KÜCHENHOFF BayVBl. 1958 S. 65, v. MANGOLDT-KLEIN Art. 30 Anm. III 2 (S. 751), ISENSEE S. 225 f;

2) ISENSEE S. 227;

Art. 72 Abs. 2 GG zählt drei Tatbestände auf, die das Bedürfnis für eine bundesgesetzliche Regelung begründen können.

Der in Art. 72 Abs. 2 Ziff. 1 GG niedergelegten "Wirksamkeitsklausel" (1) kommt wie der Ziff. 2 ("Beeinträchtigungsklausel") (2) eine praktische Bedeutung kaum zu, weil durch die Aufnahme bestimmter Sachgebiete in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG) der Verfassungsgeber bereits zum Ausdruck gebracht hat, daß die dort genannten Sachgebiete auch von den Ländern wirksam und ohne Beeinträchtigung des Bundes wahrgenommen werden können. Praktische Anwendungsfälle dieser beiden Klauseln (Art. 72 Abs. 2 Ziff. 1 und 2) sind daher selten (3).

Anders steht es jedoch mit Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG, wonach zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit der Bund Gesetzgebungsmaterien an sich ziehen kann. Hier ist das Tor für eine umfassende Bundesgesetzgebung auf den Sachgebieten des Art. 74 GG weit geöffnet, weil "praktisch jedes vernünftige Bundesgesetz" (4) darunter fällt. Kann nun das Subsidiaritätsprinzip für einen Ausgleich sorgen, daß der Bund gemäß den vom Nachranggrundsatz gelieferten Maßstäben erst dann tätig werden darf, wenn die Kraft der Länder nicht mehr ausreicht, um die geforderte Einheitlichkeit der Lebensinteressen herzustellen?

bb) Die Überlagerung durch andere Grundsätze
Betrachtet man Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG näher, so stellt sich heraus, daß zwei andere Grundsätze die

1) MAUNZ-DÜRIG Art. 72 Rdz. 21;

2) MAUNZ-DÜRIG Art. 72 Rdz. 22;

3) vgl. die bei MAUNZ-DÜRIG a.a.O. Rdz. 21 und 22 konstruierten Beispiele;

4) MAUNZ-DÜRIG Art. 72 Rdz. 23;

Voraussetzung für eine Bundeskompetenz in weit stärkerem Maß beeinflussen als das Subsidiaritätsprinzip.

Nach dem Wortlaut des Grundgesetzes ist die Wirkung des Gesetzes zu seiner eigentlichen Voraussetzung erhoben worden (1); die Schaffung eines Bundesgesetzes dient regelmäßig der Einheitlichkeit von Rechts- und Wirtschaftsordnung im Bundesgebiet, wodurch seinerseits die Zulässigkeitsschranke für die Bundesgesetzgebung überwunden wird (2). Demgegenüber ist es den Ländern nicht möglich, das einmal gesetzte Bundesrecht unter Hinweis auf den nachträglichen Fortfall des Bedürfnisses für eine einheitliche Regelung zu überwinden (3), da Art. 31 GG eine landesrechtliche Regelung ausschließt (4). Die Regelung des Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG stellt im Endergebnis eine Umkehrung der nach Art. 30, 70 GG für die Länder sprechende Vermutung dar in eine solche zugunsten des Bundes (5), da er selbst darüber zu befinden hat, ob und wie die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse gestaltet werden soll.

Selbst wenn man nicht so weit gehen will, kommt der Aussage des Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG zumindest die Qualität einer Vermutung für den zuerst Handelnden zu (6), weil ein in allen Ländern übereinstimmendes Landesrecht hinsichtlich einer Materie ebenfalls die Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse wahrt (7).

-
- 1) MAUNZ-DÜRIG Art. 72 Rdz. 23;
 - 2) MAUNZ-DÜRIG bezeichnet die Regelung des Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG "als Tautologie in der Terminologie des GG" (Art. 72 Rdz. 23). Vgl. auch BVerfG 13 S. 233;
 - 3) vgl. ISENSEE S. 231;
 - 4) Der Kontroverse, ob Art. 31 GG nur dem Bundesrecht entgegenstehendes Landesrecht oder auch gleichlautendes ausschließt, kommt eine praktische Bedeutung kaum zu. Vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 31 Rdz. 14 Anm. 2 m.w.N.
 - 5) vgl. BVerfG 13 S. 230 ff;
 - 6) so LERCHE VVDStRL 21 S. 7;
 - 7) vgl. ISENSEE S. 231;

Somit ergibt sich für den einzigen Bereich im Bund-Länder-Verhältnis, in dem der Subsidiaritätsgrundsatz als aktuell anwendbarer Rechtssatz - auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnisse - denkbar ist, eine Überlagerung durch den Vorrang des Bundes (1) oder durch das Prioritätsprinzip (2). Hinter diesen beiden Möglichkeiten erst kommt die Heranziehung des Subsidiaritätsgrundsatzes in Betracht, was ihn aber praktisch zur Bedeutungslosigkeit degradiert (3), da nach den ersten beiden Möglichkeiten ein Anwendungsfall für das Nachrangprinzip kaum noch denkbar ist.

Außerdem wird sich in anderem Zusammenhang noch herausstellen, daß die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 72 Abs. 2 GG den rechtsstaatlichen Grundsätzen der Erforderlichkeit unterliegt, woraus sich ein neuer Ansatzpunkt für das Bund-Länder-Verhältnis allgemein entwickeln läßt (4).

Aus den Ergebnissen der Darstellung zum Subsidiaritätsprinzip läßt sich folgern, daß weder der gegebene Bundesstaat noch die Bundestreue aus dem Nachranggrundsatz als Rechtssatz erklärt werden können. Dem abstrakten ideologischen Subsidiaritätsprinzip kommt nicht die Qualität eines Rechtssatzes zu, und die Möglichkeit einer grundgesetzlichen Verankerung in Art. 72 Abs. 2 GG ist bis zur nahezu völligen Bedeutungslosigkeit abgesunken.

Damit soll nicht die Möglichkeit ausgeschlossen sein, daß der Föderalismus seine geistige Grundlage im allgemeinen Subsidiaritätsprinzip finden könnte (5);

1) vgl. BVerfG 13 S. 230 ff;

2) so LERCHE VVDStRL 21 S. 7; ISENSEE S. 231;

3) vgl. ISENSEE S. 232;

4) vgl. dazu unten S. 155 ff;

5) dagegen allerdings LIEBRECHT DVBl. 1969 S. 98 li.Sp.;

hier sollte lediglich gezeigt werden, daß dieses Prinzip nicht als allgemeiner R e c h t s - satz hinter dem Grundgesetz steht und daher aus ihm keine Rechtsregeln abgeleitet werden können. Dies gilt auch für die Bundestreue als Rechtssatz im Verhältnis von Bund und Ländern.

§ 13

VII. Die Aussagekraft der konstruktiven Bundesstaatstheorien

Nach der Untersuchung über die Aussagen der für den Bundesstaat vorgebrachten Legitimationen zur Bundestreue müssen wir uns nochmals der allgemeinen Staatsrechtslehre zuwenden, um dort eventuell auf Grund der konstruktiven Theorien über den Bundesstaat eine Grundlage für die Bundestreue zu gewinnen.

Unter diesem Begriff sollen all diejenigen Auffassungen zusammengekommen werden, die das Bund-Länder-Verhältnis unter bestimmten rechtlichen Gesichtspunkten konstruieren. Die Bestimmung des Grundverhältnisses zwischen Bund und Ländern im Bundesstaat erfüllt eine der Grundvoraussetzungen für die Erkenntnisse zur Bundestreue als Rechtssatz im Bund-Länder-Verhältnis. Es wird sich jedoch herausstellen, daß die von diesen Theorien vorgenommene Zuordnung von Bund und Ländern entweder keine Bedeutung für die Bundestreue hat oder die Bundestreue auf eine Grundlage gestellt wird, die nicht mit dem bundesstaatlichen Aufbau zusammenhängt.

1. Der Bundesstaat als komplexer Staat nach der Lehre USTERIS

Eine umfassende Theorie des Bundesstaates hat in

neuerer Zeit USTERI entwickelt (1). Sein Ausgangspunkt ist die Lehre KELSENS vom Staat als souveräne Rechtsordnung (2), die bei räumlich bestimmten Menschen in Geltung steht (3), wobei als Rechtsordnung nur eine Zwangsordnung anerkannt wird (4).

a) Die Unmöglichkeit des Staatenstaates

Da die h.M. im Bundesstaat einen aus Staaten zusammengesetzten Staat, mithin einen Staatenstaat im weiteren Sinn (5), sieht, prüft USTERI die Möglichkeit eines solchen Gebildes an Hand der Begriffsbestimmungen Staat und Rechtsordnung. Dabei stelle sich die Zentralfrage, ob zwei voneinander unabhängige Rechtsordnungen bei den gleichen Menschen gelten können (6). USTERI kommt zu dem Ergebnis (7), daß das Bestehen einer Rechtsordnung bei bestimmten Menschen unmöglich mit dem Bestehen einer anderen Rechtsordnung bei den gleichen Menschen zusammen treffen kann, da es denkbar sei, daß der gleiche Tatbestand von der einen Ordnung als rechtmäßig, von der anderen jedoch als rechtswidrig gekennzeichnet werde. Da jede Rechtsordnung zur Durchsetzung ihres Standpunkts Zwangsgewalt anwenden dürfe (8), stehen sich unlösbar zwei rechtmäßige Gewalten gegenüber (9). Hierdurch entfalle aber die Vorausset-

1) USTERI Theorie des Bundesstaates;

2) KELSEN Staatslehre S. 16 f;

3) USTERI S. 146;

4) USTERI S. 67;

5) vgl. demgegenüber die engere Definition des Staatenstaates bei MAUNZ Staatsrecht S. 188;

6) USTERI S. 159 f;

7) die Darstellung des von USTERI an Hand des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht gebildeten Beispiels (S. 163 ff) sei hier erspart;

8) das folgt aus der Definition der Rechtsordnung;

9) USTERI S. 167;

zung eines Staatenstaates, der nur denkbar sei, wenn in ihm die Möglichkeit unlösbarer Gewaltkonflikte beseitigt sei (1). Es bestehe allerdings noch die Möglichkeit, daß die beiden Rechtsordnungen Vorkehrungen treffen, die einen derartigen Kollisionsfall ausschließen durch eine Bindung an die zwischen den Staaten vorgenommene Zuständigkeitsverteilung (2), wie NAWIASKY es angenommen hat (3). Durch eine derartige Regelung werde jedoch die Möglichkeit einer späteren Kollision nicht generell aufgehoben, da nirgends ersichtlich sei, "warum das Rechtsordnungssubjekt Staat, dessen Willen in seiner Rechtsordnung erscheint, seinen früher einmal auf Beschränkung und Verweisung gerichteten Willen (= Rechtsordnung) nicht dahin ändern könnte, daß die Beschränkung und Verweisung aufgehoben wird" (4). Der Staatenstaat erweise sich daher als unmöglich. Die Lösung des Problems sucht USTERI durch die Annahme des Bundesstaates als komplex aufgebauten Staat (5).

b) Die Bundestreue als Teil des komplexen Grundnormensystems

In diesem Staat finde sich ein komplexes Grundnormengefüge, das auch eine komplexe Verfassungsgewalt einsetze, die sich aus einer Gesamt- und mehreren Teilverfassungsgewalten zusammensetzt (6); diesen entspricht wiederum ein komplexer Gewaltträger. "Der Ge-

1) vgl. USTERI S. 160;

2) USTERI S. 168; vgl. auch dort (168-180) die Diskussion der Lehre NAWIASKYs vom Bundesstaat;

3) vgl. NAWIASKY Bundesstaat S. 70;

4) USTERI S. 174; für USTERI ist diese Frage nicht ein Problem der Kompetenzhoheit, sie gehe ihr vielmehr voraus (174 f);

5) USTERI S. 224 ff;

6) USTERI S. 229;

waltträger, bei welchem das einem Bundesstaat inaugu-
rierende Grundnormengefüge wirksam ist, setzt sich
aus einzelnen Gewaltfaktoren zusammen, die jeder für
sich die Funktion eines selbständigen, ein einzelnes
arbeitsteiliges Teilrechtssystem tragenden Gewaltin-
habers erfüllen. Durch ihren Zusammenschluß ergeben
sie den Gesamtgewaltsträger, auf welchem seinerseits
das Gesamtrechtssystem ruht" (1). Die die Ordnung be-
drohende Konfliktsgefahr der beiden Rechtssysteme wer-
de dadurch ausgeschaltet, daß der Gesamtrechtsträger
überhaupt erst durch das Zusammenwirken der Teil-
machthaber existent wird. Als Essentiale des Bundes-
staates ergebe sich somit das Zusammenwirken der
Glieder (2).

Daher gehöre zum Grundnormengefüge des Bundesstaates
eine Norm, die das Verhältnis von Gesamtrecht zum
Teilrecht festlegt. Diese laute, daß der Gesamtver-
fassungsgeber eine Rechtsetzungsschranke darin fin-
det, daß er gewisse Bereiche zur Betätigung der Teil-
verfassungsgewalten überlassen muß und umgekehrt die
Teilverfassungsgewalten ihre Rechtsetzungsschranke
am Recht des Gesamtverfassungsgesetzgebers finden (3),
wobei der Vorrang des Bundesrechts eine "notwendige
Selbstverständlichkeit" darstelle (4).

Aus der Beseitigung des existentiellen Konflikts zwi-
schen Gesamtgewaltsträger und Teilgewaltsträger (5) er-
gebe sich ein komplexes Grundnormenpaar, das einer-

1) USTERI S. 229;

2) USTERI S. 230;

3) USTERI S. 231;

4) USTERI S. 232;

5) In diesem Punkt liegt der fundamentale Unterschied
zur Ansicht BAYERs, der gerade aus der Möglichkeit
des existentiellen Konflikts die Bundestreue be-
gründet (vgl. BAYER Bundestreue S. 47), während er
bei USTERI von vornherein ausgeschaltet wird.

seits die Verpflichtung für den einzelnen Teilverfassungsgesetzgeber aufstelle, sich bundesfreundlich zu verhalten, andererseits dem Gesamtverfassungsgesetzgeber die Aufgabe auferlege, das Verhältnis der Teilordnungen untereinander zu regeln, wozu diese nicht in der Lage seien (1).

Als Inhalt der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten wird das Verbot der Anwendung physischer Gewalt gegenüber den Mit-Teilverfassungsgesetzgebern bezeichnet. Den Teilrechtsautoritäten sei somit von Teilgrundnorm wegen die Friedenspflicht geboten (2).

c) Die allgemeine Friedenspflicht als Bestandteil jedes Rechtsverhältnisses

Das Verbot der Gewaltanwendung im Bundesstaat als Inhalt der Bundestreupflichten offenbart aber, daß USTERI die Bundestreue nicht auf eine speziell bundesstaatliche Rechtsgrundlage stellt. Die mit dem Gewaltanwendungsverbot umschriebene allgemeine Friedenspflicht ist Bestandteil j e d e s Rechtsverhältnisses. Allgemeinste Voraussetzung für eine Rechtsgemeinschaft ist die Bereitschaft der Beteiligten, dauernden Rechtsfrieden zu wahren (3). Jede Rechtsgemeinschaft kann nur dann von Bestand sein, wenn die einzelnen Rechtsträger innerhalb der Gemeinschaft von der Grundvoraussetzung ausgehen, die Gemeinschaft selbst nicht durch die Anwendung von Gewalt in Frage zu stellen.

1) USTERI S. 232; die Unmöglichkeit, die Teilordnungen selbst ihr Verhältnis untereinander bestimmen zu lassen, wird aus dem Beispiel des Völkerrechts abgeleitet, da keine Einzelstaatsrechtsordnung ein über den Staaten stehendes, das Verhältnis der Staaten zueinander ordnendes Normensystem setzen könne (vgl. USTERI S. 117 ff);

2) USTERI S. 132;

3) vgl. WIEACKER Recht und Staat 193/194 S. 34;

Die von USTERI aufgestellte Forderung ergibt sich daher nicht aus einer bundesstaatlichen Besonderheit, sondern aus dem Recht allgemein, dessen Aufgabe es ist, die Anwendung von physischer Gewalt auszuschließen oder zumindest bestimmten Regeln zu unterwerfen, wie etwa im Völkerrecht.

2. Die zwei- und dreigliedrigen Bundesstaatstheorien

Die Fragen nach der Staatlichkeit der Glieder des Bundesstaates und ihres Verhältnisses zum Gesamtstaat stehen im Mittelpunkt aller Bundesstaatstheorien.

Soweit wir uns hier mit diesen Problemen beschäftigen, geschieht dies aus einem zweifachen Motiv. Einmal wird sich herausstellen, daß es an einer einheitlichen, allgemein gültigen Theorie des Bundesstaates fehlt, was in bezug auf die Bundestreue die Konsequenz hat, daß dieses Rechtsinstitut schwerlich aus "dem Bundesstaatsbegriff" abgeleitet werden kann. Zum anderen könnte sich erweisen, daß es nicht auf den Streit um den zwei- oder dreigliedrigen Bundesstaatsbegriff ankommt, um die Bundestreue nach einem von beiden zu begründen.

Zu den Begriffen des zwei- bzw. dreigliedrigen Bundesstaates sei vorausgeschickt, daß hier die Meinungen danach eingeteilt werden sollen, ob sie in den "Gliedern" des Bundesstaates echte Staaten sehen. Das gilt insbesondere für den dreigliedrigen Bundesstaat, der sich aus Glied-, Zentral- und Gesamtstaat zusammensetzen soll. Soweit zwischen Gesamtstaat und Zentralstaat nur terminologische Unterschiede bestehen (1), ohne daß zwei getrennte Staatspersonen ange-

1) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 6;

nommen werden (1), sind diese Meinungen zu den Vertretern des zweigliedrigen Bundesstaats zu zählen.

§ 14

3. Der zweigliedrige Bundesstaat

Die Auffassung vom zweigliedrigen Bundesstaat kennt nur zwei Arten von Staaten, den Oberstaat oder Gesamtstaat und die Gliedstaaten (2). Beiden kommt Staatscharakter zu, da jeder unabgeleitete Staatsgewalt ausübt. Das gilt insbesondere für die Gliedstaaten, die eigene, wenn auch gegenständlich beschränkte, aber nicht vom Bund abgeleitete, sondern von ihm anerkannte staatliche Hoheitsmacht ausüben (3).

a) Das Problem der Zuordnung von Bund und Ländern

Divergenzen bestehen innerhalb dieser Gruppe der Meinungen über das Verhältnis von Gliedstaat und Bundesstaat. Stehen sie im Grundsatz gleichgeordnet nebeneinander, sind die Glieder dem Bund grundsätzlich untergeordnet oder gibt es Gleichordnung und Unterordnung?

b) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das BVerfG ist in seiner Rechtsprechung nicht einheit-

-
- 1) so ausdrücklich MAUNZ Staatsrecht S. 190, GEIGER Mißverständnisse S. 15, vgl. auch HERZOG DÖV 1962 S. 83, der nicht ausschließt, daß der "Gesamtstaat" Rechtsträger sein könne, dem jedoch keine Staatsqualität zuerkannt wird.
 - 2) als Vertreter dieser wohl h.M. können genannt werden: BULLINGER AöR 87 S. 490, H.KRÜGER DÖV 1961 S. 721, ders. Allg. Staatslehre S. 120, FUSS DÖV 1964 S. 38 Anm. 12 a, HAMANN Kommentar S. 37 f, KÖLBLE DÖV 1962 S. 587 und 663, W.SCHMIDT AöR 87 S. 271 ff, HESSE Unitarischer Bundesstaat S. 5, MAUNZ Staatsrecht S. 190, ders. NJW 1962 S. 1643, SCHEUNER DÖV 1962 S. 645;
 - 3) BVerfG 1 S. 14 ff (34); vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 188;

lich. Einmal vertritt es die Ansicht, daß zwischen Bund und Ländern ein Über-Unterordnungsverhältnis bestehe (1). Es verdeutlicht dies mit dem Bemerkten, daß dem Bund Kompetenzen zugewiesen seien, die seine Überordnung über die Länder erkennen lasse (2). Dies seien die Kompetenz-Kompetenz sowie der in den Art. 28 Abs. 3, Art. 32 Abs. 3, Art. 37, Art. 91 Abs. 2 GG zum Ausdruck gekommene Gedanke, daß die Wahrung der Gesamtverfassung grundsätzlich den Organen des Bundes allein übertragen sei (3), und nur in Ausnahmefällen, in denen die Bundesverfassung in die Landesverfassung unmittelbar hineinwirke, könnten die Länder als Hüter der Gesamtverfassung in Erscheinung treten.

Demgegenüber hat das BVerfG im Konkordatsurteil (4) ausgeführt, daß es Bund und Länder auf dem "Boden der Gleichordnung" überlassen bleibe, in Spannungslagen einen Ausgleich zu finden; im Streit um die Volksbefragung (5) erklärt das Gericht die Wahrung und Herstellung der grundgesetzlichen Ordnung in allen Teilen und Ebenen des Gesamtstaates zur *gemeinsamen* Pflicht von Bund und Ländern (6).

Andererseits soll eine Gleichordnung zwischen Bund und Ländern auch dann nicht völlig ausgeschlossen sein, wenn eine generelle Überordnung des Bundes angenommen wird. Die Gleichordnung bestehe in solchen Bereichen, die von der Bundesverfassung nicht geordnet sind (7).

1) BVerfG 1 S. 51;

2) BVerfG 13 S. 78;

3) BVerfG 13 S. 79;

4) BVerfG 6 S. 309 ff (362);

5) BVerfG 8 S. 122 f;

6) BVerfG a.a.O. S. 138; Hervorhebung nur hier;

7) BVerfG 13 S. 78; diese Argumentation bleibt unverstänlich, wenn man von Art. 30 GG ausgeht, der die Staatsgewalt zwischen Bund und Ländern lückenlos aufteilt; wo dann noch ein von der Verfassung nicht geordneter Teil verbleiben soll, ist nicht erklärlich.

c) Die Lehrmeinungen

MAUNZ, der ebenfalls den Bundesstaat als zweigliedrigen Staat auffaßt, da die Unterscheidung zwischen Gesamtstaat und Zentralstaat nur rechtstheoretischen Charakter habe, die von Anfang an nur eine gedankliche Hilfskonstruktion für die begriffliche Erkenntnis gewesen sei, aus der man aber nicht die Existenz von zwei realen nebeneinander existierenden Staatsgebilden als selbständige Rechtssubjekte herleiten könne (1), sieht Bund und Länder im Verhältnis der Koordination, das das Gegenteil von Subordination darstelle, "denn das Befehlsverhältnis ... scheidet für das Verhältnis von Bund und Ländern grundsätzlich aus und ist nur auf wenige Ausnahmefälle beschränkt" (2).

Weder im Verhältnis der Koordination noch in dem der Subordination sieht SCHÜLE Bund und Länder. Das Gesamtsystem sei vielmehr bündisch und rechtsstaatlich, wobei bündisch im Sinne des wechselseitigen Verhältnisses und der Gegenseitigkeit der Rechte und Pflichten aufzufassen sei (3).

HERZOG vertritt die Auffassung von einer nur grundsätzlichen Gleichordnung von Bund und Ländern (4) nach dem Grundgesetz. Lediglich dort, wo eine ausdrückliche oder stillschweigende Anordnung in der Bundesverfassung bestehe (5),

-
- 1) MAUNZ Staatsrecht S. 189, ders. NJW 1962 S. 1643; ob in MAUNZ-DURIG Art. 20 Rdz. 6 die Unterscheidung zwischen Gesamtstaat und Zentralstaat ebenfalls nur terminologische Bedeutung haben soll, kommt dort nicht mit der gleichen Klarheit zum Ausdruck.
 - 2) MAUNZ Staatsrecht S. 190;
 - 3) SCHÜLE Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1623;
 - 4) HERZOG DÖV 1962 S. 87; Hervorhebung dort;
 - 5) als Beispiele nennt HERZOG a.a.O. Art. 37, 84, 85, 108 GG;

sei die Bundesgewalt zweifellos übergeordnet. Diese Überordnung beruhe jedoch auf dem Willen der Gliedstaaten. Dies folgt aus der Konstruktion des Bundesstaates, dessen Entstehung HERZOG durch einen Verzicht der Gründerstaaten auf Staatsgewalt auf der Ebene der Staatsverfassung erklärt; in das somit entstehende "Hoheitsvakuum" tritt die Zentralstaatsgewalt (1).

Den entgegengesetzten Standpunkt nimmt SCHÄFER (2) nach einer Betrachtung der Stellung der Länder im geltenden Verfassungsrecht ein. Aus der relativ starken Position der Länder gegenüber dem Bund (3) könne nicht die Annahme einer Gleichordnung der Länder zum Bund gefolgert werden (4).

Offenbar versteht auch JELLINEK (5) vom Standpunkt der allgemeinen Staatslehre aus den Bund und die Gliedstaaten als Subordinationsverhältnis, das jedoch in der Praxis nicht auf eine allseitige Unterwerfung der Gliedstaaten unter den bundesstaatlichen Willen schließen lasse (6). Für den souveränen Bund gebe es zwar keine Grenzen hinsichtlich der Ausdehnung seiner Zuständigkeit gegenüber den Ländern (7), die sogar die Umwandlung des Bundes- in einen Einheitsstaat zulasse, diese abstrakte Möglichkeit könne jedoch nicht als Maßstab für den Grad der Unterwer-

1) vgl. HERZOG DÖV 1962 S. 83-86; zur Kritik dieser Ansicht vgl. SCHWIDT AöR 87 S. 260 Anm. 17, SCHEUNER DÖV 1962 S. 641;

2) H.SCHÄFER NJW 1961 S. 1281 ff;

3) genannt werden Art. 30, 70, 83 GG, die nur begrenzte Rahmenkompetenz des Bundes (Art. 75), die Mitwirkungsrechte der Länder bei Bundesgesetzgebung und Verwaltung;

4) SCHÄFER a.a.O. S. 1284;

5) G.JELLINEK Allgemeine Staatslehre S. 780 ff;

6) JELLINEK Allgemeine Staatslehre S. 784

7) JELLINEK a.a.O. S. 783;

fung herangezogen werden. Das Verhältnis der Bundesgewalt zur Gliedstaatengewalt muß vielmehr stets nach der aktuellen, nicht nach der potentiellen Zuständigkeit der Bundesgewalt beurteilt werden (1).

d) Die Staatsgerichtsbarkeit als Anknüpfungspunkt

Die Einführung der Staatsgerichtsbarkeit durch die Weimarer Verfassung (2), die erstmals im deutschen Verfassungsleben die Möglichkeit einer gerichtlichen Entscheidung von Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Gliedstaaten schuf (3), gab der Staatsrechtslehre genügend Anlaß, sich mit dem Verhältnis von Bund und Ländern auseinanderzusetzen und die Fragen der Koordination oder Subordination zu diskutieren.

Aus der Schaffung eines gerichtlichen Verfahrens, in dem sich Bund und Länder als Parteien gegenüberstehen, wurde einerseits die rechtliche Gleichordnung beider geschlossen (4), andererseits wurde die Meinung vertreten, daß die Möglichkeit einer gerichtlichen Entscheidung eingeführt wurde, o b w o h l die Parteien nicht koordiniert seien (5).

1) JELLINEK a.a.O. S. 784. Dieser Ansicht liegt die Vorstellung zugrunde, daß im Bundesstaat nur der Bund souverän sei und die Gliedstaaten nicht souverän. JELLINEK a.a.O. S. 776 f;

2) Art. 19 WRV;

3) vgl. dazu die umfassende Darstellung von TRIEPEL in Festschrift für Kahl II S. 3-14 mit rechtsvergleichenden Ausblicken;

4) so BÜHLER Reichsverfassung S. 39 f; diesen Weg hält TRIEPEL a.a.O. S. 51 für "methodisch offenbar richtiger";

5) GIESE Reichsverfassung S. 87; vgl. auch TRIEPEL a.a.O. S. 51, der die "ergötzliche Erscheinung" registriert, daß GIESE und BÜHLER Bearbeiter der Verfassungsurkunde waren.

e) Die Auffassung TRIEPELS

TRIEPEL, der der begrifflichen Konstruktion von Über-Unterordnung oder Gleichordnung für die Fragen der Staatsgerichtsbarkeit keine Bedeutung beimißt (1), hält es im letzten Grund für einen selbstverständlichen Gedanken aller Rechtsordnung, daß die verschiedenen Gewalten, auf die von der Verfassung Rechte und Pflichten verteilt werden, in gewissem Sinn als "gleichgeordnet" zu behandeln sind (2).

f) SMENDs Integrationslehre

Eine völlige Abwendung von den verräumlichenden und mechanisierenden Gedankenbildern der Subordination und Koordination vollzieht SMEND (3) durch die Integrationslehre. Für ihn ist Integration ein Grundprinzip der Verfassung des Staates. Ausgangspunkt ist die Wechselbezogenheit individueller Lebensvorgänge (4).

So ist der Staat nicht ein ruhendes Ganzes, sondern er ist überhaupt nur vorhanden in diesen einzelnen Lebensbeziehungen, sofern sie Betätigungen eines geistigen Gesamtzusammenhangs sind. "Er lebt und ist da nur in diesem Prozeß beständiger Erneuerung, dauernden Neuerlebtwerdens" (5). Für diesen Kernvorgang staatlichen Lebens hat SMEND die Bezeichnung "Integration" eingeführt (6).

1) TRIEPEL Festschrift Kahl S. 50 f;

2) TRIEPEL a.a.O. S. 51;

3) SMEND Verfassung und Verfassungsrecht a.a.O. S. 223 ff;

4) SMEND Verfassung und Verfassungsrecht in: Staatsrechtliche Abhandlungen S. 126 f;

5) SMEND a.a.O. S. 136;

6) SMEND Festschrift W. Kahl Teil III S. 16;

Die persönliche (1), funktionelle (2) und die sachliche (3) Integration enthalten das Integrations-system und machen den Integrationsanspruch sichtbar, der den Staat als souveränen Willensverband dauernd zur Wirklichkeit integriert.

Die SMENDsche Integrationslehre beschränkt sich aber nicht nur auf das Verhältnis Staat - Individuum; im Bundesstaat wird sie auf das Verhältnis Gesamtstaat - Gliedstaaten erweitert. Der nächstliegende Sinn der bundesstaatlichen Integration sei die dauernde Einordnung des Lebens der Einzelstaaten in das Ganze, wobei der Kern jedoch darin liege, daß die Einzelstaaten nicht nur Integrationsobjekt, sondern vor allem auch Integrationsmittel sind (4).

Auch hier treten wieder die drei Integrationstypen auf, wobei der sachlichen Integration die erste Stelle zukommt (5), aus der im wesentlichen die Legitimität des Bundesstaates fließt.

Die Bundesverfassung konstituiert vor allem den Gesamtstaat als solchen. Durch die Länder werden deren Angehörige auch mittelbar und vollständiger integriert, als es ohne das Dasein der Länder möglich wäre. Darin liegt nach SMEND der letzte Sinn des grundsätzlichen Bestandes der Länder für das Reich (6).

1) SMEND Staatsrechtliche Abhandlungen S. 142 ff;

2) SMEND a.a.O. S. 148 ff;

3) SMEND a.a.O. S. 160 ff;

4) SMEND a.a.O. S. 225;

5) SMEND a.a.O. S. 226;

6) SMEND a.a.O. S. 270;

Aber auch die Länder werden von der Bundesverfassung in das Reichsganze einbezogen, was der Hauptinhalt der Regelung des Verhältnisses von Reich und Ländern im einzelnen sei.

"Der Grundgedanke der Zusammenordnung von Reich und Ländern ergibt den 'allgemeinen bündischen Rechtssatz' (Ausdruck von BILFINGER, Einfluß S. 55) der bundesfreundlichen Haltung" (1).

Unklar bleibt hier, ob SMEND seine ursprüngliche Auffassung von der Grundlage der Bundestreue in den Reichsgründungsverträgen aufgegeben hat und sie nun in der Integration sucht. Der Hinweis auf den "allgemeinen bündischen Rechtssatz", wie ihn BILFINGER dargestellt hat, läßt einen solchen Sinneswandel nicht vermuten (2).

Untersucht man die These, daß die Bundestreue ihre Grundlage in der Integration des Staates finde, so stößt man auf all diejenigen Einwendungen, die auch gegen die Integrationslehre zu erheben sind.

So wird nicht zu Unrecht geltend gemacht, daß es ihr an begrifflicher Schärfe fehlt und sie die Rolle des Reichs selber als Integrationsfaktor verkannt hat (3). Es erscheint nicht möglich, aus der Integrationslehre für die Bundestreue konkrete, die Entscheidung von Alltagsfragen regelnde Rechtsnormen zu entwickeln. "Trotz der Belebung des Verständnisses für die geistige Wirklichkeit des Staates und seiner Verfassung kann diese Verfassungslehre, die auch Verfassungsethik sein will, weder echt zur Integration verpflichten noch Recht und Norm in einer bleibenden Wertwelt verankern" (4).

1) SMEND a.a.O. S. 271;

2) vgl. oben S. 21;

3) vgl. HÄUSSLING Staatslexikon Bd. 4 Sp. 344;

4) HÄUSSLING a.a.O. Sp. 345;

g) Der "Schwebezustand" nach BAYER

Keine Entscheidung für die Überordnung oder Gleichordnung des Bundes trifft BAYER (1). Er glaubt, auf C.SCHMITT (2) zurückgreifend, daß sich im Bundesstaat Koordination und Subordination in einem "Schwebezustand" befänden. Im Bundesstaat seien die Gliedstaaten auch dort, wo sie dem Gesamtstaat an sich unterworfen seien, "nicht so ausgesprochen untertan, wie es an sich der Unterworfenheit unter einen Übergeordneten entsprechen würde" (3).

h) Die Teilstaatenlehre

Eine grundsätzliche Gleichordnung von Bund und Ländern bejaht W.SCHMIDT (4) für die Bundesrepublik nach der Verfassungssituation. Die dem Bund gegenüber den Ländern eingeräumten Befugnisse wie Bundesaufsicht (5), Bundeszwang (6) und die ihm zustehende Kompetenzkompetenz (7) könnten eine Überordnung nicht begründen. In ihrer Nebenordnung dürften Bund und Länder jedoch nicht als isolierte Teilstaaten verstanden werden, sie haben "vielmehr gemeinsam die bundesstaatliche Ordnung der Bundesrepublik Deutschland zu integrieren" (8). Die Bundesrepublik sei daher das Gefüge der Teilstaaten (9)

1) BAYER Bundestreue S. 42 f;

2) C.SCHMITT Verfassungslehre S. 371, 378. Auf die mißverständliche Auslegung der Auffassung C.SCHMITTS durch BAYER weist SCHMIDT AöR 87 S. 277 hin, da der Schwebezustand Koordination bedeute.

3) BAYER a.a.O. S. 42;

4) W.SCHMIDT AöR 87 S. 253 ff (295) und passim;

5) vgl. W.SCHMIDT AöR 87 S. 282 ff;

6) W.SCHMIDT a.a.O. S. 289 ff, 294;

7) W.SCHMIDT a.a.O. S. 280 ff;

8) W.SCHMIDT a.a.O. S. 294;

9) Auch NAWIASKY verwendet für den Zentralstaat und die Gliedstaaten den Begriff "Teilstaaten", vgl. Allg. Staatslehre Bd. 3 S. 152;

"Bund" (Zentralstaat) und "Länder" (Gliederstaaten).

Diese von STEIN (1) im Gegensatz zu den zwei- und dreigliedrigen Bundesstaatstheorien gestellte "Teilstaatenlehre" lehnt ausdrücklich einen dreigliedrigen Staatsaufbau ab (2) und erkennt nur Bund und Länder als Staaten an. Dem "Gesamtgefüge" kommt jedoch keine Staatsqualität zu, da es ihm an unterscheidbarer staatlicher Organisation mangelt (3).

Die Bundestreue hat in diesem Teilstaatensystem eine besondere Bedeutung. Jede staatliche Tätigkeit innerhalb des jeweiligen Zuständigkeitsbereichs müsse sich an der vom Grundgesetz geschaffenen Gesamtordnung ausrichten. Das Verfassungsgebot der Wahrung der Gesamtordnung habe sich im deutschen Verfassungsrecht zur Bundestreue als materiellrechtliche Klammer zwischen den organisatorisch getrennten Teilen herausgebildet (4).

Hier finden wir einen ähnlichen Gedanken wie bei BAYER, der die Bundestreue als Instrument auffaßt, das das existentielle Risiko des Bundesstaates, in einen Einheitsstaat oder einen Staatenbund zu zerfallen, aufheben soll (5).

i) Nebeneinander von Subordination und Koordination

Sowohl Koordination als auch Subordination scheinen nach der Meinung GEIGERS (6) im Bundesstaat zu herrschen. Es gebe zweifellos Kompetenzen des Gesamtstaats, um die bundesstaatliche Verfassung zu wahren

1) vgl. STEIN Staatsrecht S. 101 ff;

2) vgl. W.SCHMIDT AöR 87 S. 294 f;

3) W.SCHMIDT a.a.O. S. 276;

4) W.SCHMIDT a.a.O. S. 275;

5) vgl. oben S. 48 und BAYER S. 43;

6) GEIGER Mißverständnisse S. 11 ff;

ren (1). Daneben bestehe aber noch das spezifische Problem des bundesstaatsinternen Bund-Länder-Verhältnisses, "das Ringen um die gliederschaftliche Stellung der Länder im Bundesstaat" (2). Der Gesamtstaat sei daher einmal als Träger von Aufgaben und Kompetenzen das Zurechnungszentrum für die hoheitlichen Äußerungen, die seine Organe namens des Gesamtstaates, der die Länder einbegreift, abgeben (3), und das andere Mal sei er als Gegenüber der Gliedstaaten zu bezeichnen, als Zentralstaat, mit dem die Länder als Glieder des Bundesstaates sich "kämpfend" auseinandersetzen, indem sie aus ihrer gliederschaftlichen Stellung im Bundesstaat heraus gegen den Bund diese ihre Stellung verteidigen oder mit dem Bund sich koordinieren oder ihre und des Bundes Interessen zu einem Ausgleich zu bringen sich bemühen (4). In dieser ständigen, kontinuierlichen Auseinandersetzung zwischen Bund und Ländern liege der Kern, das Innerste des lebendigen Bundesstaates. Innerhalb dieses Bereichs stehen Bund und Länder gleichgeordnet nebeneinander. Hier werden sie durch den als Gesamtstaat verstandenen Bundesstaat "umgriffen oder überwölbt" (5).
Interessant ist für uns insbesondere die Auffassung GEIGERS, daß die Bundestreue in diesem Bereich behei-

-
- 1) GEIGER a.a.O. S.13 nennt die Art. 28 Abs. 3, 37, 84, 91 GG;
 - 2) GEIGER a.a.O. S. 14; Hervorhebung dort;
 - 3) die Formulierung vermeidet offenbar absichtlich die Begriffe Über- und Unterordnung; sie werden mit "gliederschaftlicher Stellung der Länder" umschrieben (GEIGER a.a.O. S. 15);
 - 4) GEIGER a.a.O. S. 15;
 - 5) GEIGER a.a.O. S. 16. Der Gesamtstaat ist jedoch nach GEIGER a.a.O. S. 15 keine selbständige, vom Zentralstaat zu trennende Staatsperson, weshalb diese Meinung hier zur Gruppe der Vertreter des zweigliedrigen Bundesstaates gezählt wird.

matet ist, in dem Bund und Länder "in gleicher Weise auf das Ganze, den Bundesstaat hingeordnet sind und sich gegenseitig um dieses Größeren willen T r e u e schulden" (1). Damit stellt sich die Bundestreue als Institut des Bundesstaates dar, das seine Bedeutung in der Gleichordnung der Partner erlangt. Wo Über-Unterordnung besteht, wäre sie nicht vorhanden.

Dieses Faktum soll hier nur registriert werden; es wird uns an anderer Stelle noch ausführlicher beschäftigen (2).

§ 15

4. Die Lehre vom dreigliedrigen Bundesstaat

a) Der Ursprung bei HAENEL und KELSEN

Die Konstruktion des dreigliedrigen Bundesstaates findet ihre Grundlage in der "Reinen Rechtslehre" KELSENS, die die zwei Teilordnungen - Bund und Länder - als Delegation der Gesamtverfassung ansieht (3). Erste Ansatzpunkte für die dogmatische Grundlegung lassen sich bis zu HAENEL zurückverfolgen (4), wonach der Bundesstaat zwar in den Gesamtstaat und die Einzelstaaten gegliedert ist, dem Gesamtstaat jedoch zwei höchst unterschiedliche Funktionen zukommen: Einmal ist er berufen, "die ihm zur unmittelbaren Verwirklichung überwiesenen Aufgaben a l s G l i e d d e s G a n z e n (5) zu lösen" und

1) GEIGER a.a.O. S. 16;

2) vgl. unten S. 98 ff;

3) KELSEN Staatslehre S. 207; zur geschichtlichen Entwicklung vgl. SCHEUNER DÖV 1962 S. 641 ff (bes. 642 f);

4) HAENEL Studien S. 65 f;

5) Hervorhebung nur hier;

andererseits "das Ganze selbst zu wahren und als solches fortzubilden" (1).

b) Die Lehre NAWIASKYs

Seine deutlichste Ausprägung erfährt die Lehre vom dreigliedrigen Bundesstaat bei NAWIASKY (2) in seiner Allgemeinen Staatslehre, während er in der früher erschienenen Abhandlung "Der Bundesstaat als Rechtsbegriff" (3) die Vorstellung eines dreiegegliederten Bundesstaates noch ausdrücklich ablehnt (4).

NAWIASKY stellt zunächst die Existenz des Zentralstaates und der Gliedstaaten fest, die jeweils über eine Gesetzgebung und somit eine eigene Rechtsordnung verfügen (5). Die Gesamtheit der staatlichen Aufgaben ist unter ihnen aufgeteilt, so daß weder Bund noch Glieder ein Vollstaat, sondern nur Teilstaaten sein können. Die Frage der Kompetenzhoheit, also der Befugnis, die Zuständigkeiten zwischen Zentralstaat und Gliedstaat zu verschieben, erörtert NAWIASKY ausführlich unter einem "juristisch-technischen Gesichtspunkt". Wenn man die Kompetenz-kompetenz des Zentralstaates mit der Souveränität identifiziere, so ließe sich die Nicht-souveränität der Gliedstaaten folgern; die Souveränität des Zentralstaats könnte diesem sogar erlauben, die Gliedstaaten aufzulösen. Demgegenüber erblickt NAWIASKY aber in der Kompetenz-Kompetenz des Zentralstaats zunächst keine notwendige Einrichtung des Bundesstaates. Sie könnte ebensogut den Gliedstaaten zustehen. Darüber hinaus sei die Befugnis zur Änderung der Zuständigkeiten eine kompetenz wie alle anderen

1) HAENEL Studien S. 66;

2) NAWIASKY Allgemeine Staatslehre Bd. 3 S. 1956;

3) erschienen 1920 in Tübingen;

4) NAWIASKY Bundesstaat S. 29 und S. 239;

5) NAWIASKY Allgemeine Staatslehre Bd. 3 S. 151;

Kompetenzen auch, wobei es gleichgültig bleibt, wem sie zusteht. Da außerdem der Bundesstaat durch den Zusammenschluß mehrerer Staaten zustande gekommen sei (1), die bestimmte Befugnisse aus ihrem Zuständigkeitsbereich ausgegliedert haben (2), so beruht die Ausstattung des Zentralstaates auf dem Willen der Gliedstaaten.

Insgesamt komme daher der Kompetenzkompetenz des Zentralstaates keine Bedeutung für eine Überordnung über die Gliedstaaten zu. Als Ergebnis könne daher festgestellt werden, daß Zentral- und Gliedstaaten gleichgeordnet nebeneinander stehen (3). Die Gleichordnung zeige sich auch im Verhältnis zu den Staatsuntertanen, die nach Maßgabe der Zuständigkeitsverteilung entweder dem Zentralstaat oder den Gliedstaaten gleichmäßig untergeordnet seien.

Die rechtliche Konstruktion des Bundesstaates als einer Einheit ermöglicht es, die Gesamtheit, gebildet aus Gliedstaaten und Zentralstaat, als selbständiges Rechtssubjekt, als eigenen Hoheitsträger aufzufassen, dem bestimmte Kompetenzen zugewiesen seien. Dazu gehöre die Kompetenzkompetenz, die Schaffung und Änderung der Verfassung, die Feststellung der rechtlichen Grundlage des Staatsaufbaus, die Vertretung des Staates nach außen und die Außenwirtschaft (4).

Dem Bedenken, daß der real existierende Bundesstaat

-
- 1) Am Ergebnis ändert sich nichts, wenn der Bundesstaat durch Zergliederung eines Einheitsstaates entsteht; vgl. NAWIASKY Allg. Staatslehre Bd. 3 S. 155 und 158/159;
 - 2) vgl. NAWIASKY Allg. Staatslehre S. 154; s. auch die Definition des Zentralstaats als Träger des in dem gemeinsamen Ausschnitt der Rechtsordnungen mehrerer Staaten erscheinenden Willens oder Subjekts einer rechtlichen Herrschaft, die den gemeinsamen Ausschnitt mehrerer rechtlicher Herrschaften bildet (S. 156/157); ebenso schon in Bundesstaat S. 28;
 - 3) NAWIASKY Allg. Staatslehre Bd. 3 S. 153;
 - 4) vgl. NAWIASKY a.a.O. S. 159;

nicht neben den Bundesorganen noch Zentralstaatsorgane kennt, begegnet NAWIASKY mit dem Hinweis, daß die Aufgaben der Zentral- und der Gesamtgewalt in der Regel durch **d i e s e l b e n O r g a n e** (1) wahrgenommen werden.

c) Gleichordnung und Überordnung im System des dreigliedrigen Bundesstaates

In einem derartig gestalteten Bundesstaat lösen sich alle Probleme von Über- und Unterordnung oder Gleichordnung von Gliedstaaten und Bund. Die Gliedstaaten stehen zum Zentralstaat im Verhältnis der Gleichordnung, demgegenüber sind beide dem Gesamtstaat untergeordnet. Nach der kurzen Andeutung NAWIASKYs am Ende seiner Darstellung des Bundesstaates (2) liegt der Grund für die Überordnung in dem Befehl an den einen Teil, die Kompetenz zu erfüllen, auf die der andere Teil verzichtet hat. Dies sei im Gleichordnungsverhältnis nicht möglich.

Auch im Grundgesetz glaubt NAWIASKY seine Vorstellungen vom dreigliedrigen Bundesstaat wiederzufinden, auch wenn die Terminologie nicht ganz einheitlich sei. Danach besteht der Gesamtstaat, die Bundesrepublik Deutschland, über dem Zentralstaat "Bund" und den Gliedstaaten "Länder" (3).

Das Bundesverfassungsgericht schien zunächst dieser Lehre zu folgen, als es im Konkordatsurteil (4) da-

1) NAWIASKY a.a.O. S. 160, Hervorhebung dort; ebenso KELSEN Staatslehre S. 199 f;

2) NAWIASKY a.a.O. S. 161;

3) NAWIASKY Grundgedanken zum Grundgesetz S. 35 ff; ebenso MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 6 zumindest in terminologischer Hinsicht; v.MANGOLDT-KLEIN Art. 20 Anm. III 1 bejaht den dreigliedrigen Bundesstaat von der allgemeinen Staatsrechtslehre, verneint ihn aber für die Bundesrepublik (Anm. III 2);

4) BVerfG 6 S. 309 ff;

von sprach, daß verfassungsrechtlich der Bund und die Länder als ein "Ganzes" anzusehen seien (1), hat aber diese von der Formulierung her mögliche Interpretation ausdrücklich klargestellt, daß damit nur "die Aufteilung der Befugnisse im Inneren des Bundesstaates zwischen den Organen des Bundes und der Länder" gemeint gewesen sei (2), die nach außen keine Wirkung entfalten könnte. Aber neben dem Bundesstaat gebe es keinen besonderen Zentralstaat mehr.

§ 16

5. Die Unmöglichkeit der Bundestreue nach der herrschenden Meinung im dreigliedrigen Bundesstaat

Die Auffassung vom dreigliedrigen Bundesstaat ist einer harten Kritik ausgesetzt worden, die von der fehlenden Staatsqualität des Gesamtstaates (3) über die fehlende demokratische Legitimation (4) bis zur Unmöglichkeit eines Staates ohne eigene Organe reicht (5).

Es soll hier nicht in eine Erörterung der Gründe für die eine oder andere Auffassung eingetreten werden (6), da sich bald herausstellen wird, daß die entscheidenden Differenzen zwischen den zwei- und dreigliedrigen Bundesstaats-theorien für die Bundestreue irrelevant sind.

Dennoch soll auf zwei Punkte eingegangen werden, die in engem Zusammenhang mit der Bundestreue und dem dreigliedrigen Bundesstaat stehen, weil einmal die

-
- 1) BVerfG a.a.O. S. 340; ebenso deutet GEIGER Treupflicht a.a.O. S. 116 diese Rechtsprechung;
 - 2) vgl. BVerfG 13 S. 58 ff (77);
 - 3) HERZOG DÖV 1962 S. 83;
 - 4) SCHEUNER DÖV 1962 S. 642;
 - 5) so insbesondere KAISER ZausÖRVR 18 S. 535;
 - 6) mit diesem Fragenkreis setzen sich auseinander: SCHEUNER DÖV 1962 S. 641 ff, KAISER ZausÖRVR 18 S. 526 ff, W.SCHMIDT AöR 87 S. 271 ff, GEIGER Treupflicht a.a.O. S. 114 ff;

Bundestreue als Argument für den "Gesamtstaat" als dritten Staat herangezogen wird (1) und zum anderen die Bundestreue als Verpflichtung zur Wahrung des Gesamtwohls im dreigliedrigen Bundesstaat in einem sehr veränderten Licht erscheint.

Wenn man als wesentlichen Inhalt einer Bundestreu-pflicht die Verpflichtung der Bundesglieder zur Wahrung des Gesamtinteresses des Staates unterstellt, so erweist sich die Bundestreue in einem dreigliedrigen Bundesstaat als sinnlos.

Aus der rechtlichen Überordnung des Gesamtstaates über den Zentral- und die Gliedstaaten folgt, daß ein Interessenkonflikt zwischen ihnen gar nicht entstehen kann, weil sich keiner von beiden in Gegensatz zu dem vom übergeordneten Gesamtstaat vertretenen Gesamtstaatsinteresse setzen kann (2). Der Gesamtstaat als die den Bund und die Länder umfassende "staatsrechtliche Einheit" (3) kann sinnvollerweise nur ein einziges Interesse kennen - das Gesamtstaatsinteresse; dieses muß notwendig auch die Einzelinteressen von Zentralstaat und Ländern einschließen. Innerhalb des Gesamtstaatsinteresses kann nicht mehr zwischen Bundes- und länderinteressen unterschieden werden.

Bei Zugrundelegung des dreigliedrigen Bundesstaatsbegriffs muß auch die von BAYER (4) gegebene dogmatische Begründung der Bundestreue entfallen. Da sich nach seiner Darstellung im Bundesstaat "Subordination und Koordination in einem Schwebезustand befinden,

1) HARBICH Unantastbarkeit S. 47 ff;

2) vgl. hierzu die Fragestellung bei FUSS DÖV 1964 S. 37 ff (39 re.Sp.);

3) GEIGER Treupflicht S. 116; vgl. die auch dort vertretene Ansicht, daß die Bundesinteressen nicht mit den Gesamtinteressen kongruent sein müssen;

4) BAYER Bundestreue S. 42 f;

trage der Bundesstaat das existentielle Risiko" in sich, "daß diejenigen Kräfte, die einerseits die Gesamt- und andererseits die Gliedstaatlichkeit repräsentieren, das natürliche Bestreben in sich tragen, das sie umschließende Band, den Bundesstaat, zu sprengen und die ihrer Wesensart entsprechende Gliederungsform - den Einheitsstaat oder den Staatenbund - zu konstruieren" (1). Das diesem Bestreben entgegenwirkende Prinzip sei die Bundestreue (2).

Im dreigliedrigen Bundesstaat bedürfte es eines solchen Prinzips gar nicht, weil seine Funktion bereits vom Gesamtstaat als staatsrechtlicher Umklammerung beider Teilordnungen wahrgenommen würde. Der Gesamtstaat verbindet Zentralstaat und Gliedstaaten zur Einheit Bundesstaat. Die von BAYER angenommenen Bestrebungen, das gemeinsame Band zu sprengen, würden an der rechtlichen Überordnung des Gesamtstaates scheitern, dem gerade die Aufgabe des Zusammenführens aller Teile zukommt.

§ 17

6. Exkurs: Die Bundestreue als Argument für den dreigliedrigen Bundesstaat

Das Argument der Bundestreue wird von HARBICH verwandt, um den Nachweis eines dreigliedrigen Bundesstaates zu führen (3). Dabei geht er von dem Inhalt der Treupflicht als Wahrung des Gesamtinteresses aus, da sie sich stets auf das "Ganze" beziehen müsse (4). Dieses Ganze könne nur der Bundesstaat als die Gesamt-

1) BAYER S. 43;

2) BAYER gibt keine Auskunft darüber, ob die von ihm entwickelten Gedanken zur Bundestreue an einen bestimmten Bundesstaatsbegriff gebunden sind.

3) HARBICH Unantastbarkeit S. 47 ff;

4) HARBICH a.a.O. S. 49;

heit von Bund und Ländern sein. Als Begründung hierfür wird ausgeführt, daß die Bundestreue im zweigliedrigen Bundesstaat rechtlich sinnlos sei, weil sie dann nur dem Bund eine **r e c h t l i c h e** (1) Pflicht gegen sich selbst auferlegen würde; "er wäre aus der Bundestreue in einer Person berechtigt und verpflichtet" (2). Unter Ablehnung der für das Zivilrecht zu § 254 BGB entwickelten "Lehre des Verschuldens gegen sich selbst" (3) kommt HARBICH zu dem Schluß, daß aus der Rechtspflicht der Bundestreue eine von Bund und Ländern verschiedene Rechtsperson berechtigt sein muß, weil jedem rechtlich Verpflichteten (Bund und Länder) "immer ein Interessierter, Fordernder, **B e r e c h t i g t e r** (4) gegenüberstehen muß" (5).

Diese Beweisführung überzeugt aus zwei Gründen nicht.

a) Die Überflüssigkeit der Bundestreue

Wenn man den Gesamtstaat als den Bund und Länder umfassenden Staat ansieht (6), ihm die rechtliche Überordnung über Bund und Länder beimißt (7) und schließlich den Inhalt der Bundestreue als Rechtspflicht zur Wahrung des Ganzen (8) bestimmt, dürfte es kaum einen

1) Hervorhebung bei HARBICH;

2) HARBICH a.a.O. S. 50;

3) vgl. hierzu die h.M. BGHZ 3 S. 46, PALANDT § 254 Anm. 2 a; SOERGEL-SIEBERT § 254 Rdz. 1 sieht in § 254 eine Anwendung des Gedankens der persönlichen Rechtssphäre sowie des venire contra factum proprium; ähnlich ERMAN § 254 Anm. 1: Anwendungsfall des § 242 BGB.

4) Hervorhebung bei HARBICH;

5) HARBICH S. 50;

6) HARBICH S. 52;

7) so HARBICH S. 83 ff;

8) HARBICH S. 49 unter Berufung auf GEIGER Treupflicht S. 124/125, BAYER S. 74 f u.a.;

Zweifel geben, daß die Aufgabe des Zusammenhalts von Bund und Ländern dem Gesamtstaat zugeordnet ist, der schon aus seiner Definition heraus als die Bund und Länder umschließende Klammer gilt. Für eine in dieser Weise verstandene Bundestreue wäre im dreigliedrigen Bundesstaat kein Raum. Sie erwieße sich zumindest als überflüssig, da ihre Funktionen vom Gesamtstaat wahrgenommen würden, der sich kraft seiner rechtlichen Überordnung stets durchsetzen könnte.

Am Rande sei das merkwürdige Ergebnis vermerkt, daß die Rechtspflicht zur Bundestreue in der an der zivilrechtlichen Vorstellung eines Forderungsverhältnisses orientierten Auffassung HARBICHS nur im Verhältnis von Bund und Ländern einerseits und Gesamtstaat andererseits bestehen würde, nicht aber in dem Verhältnis von Bund und Ländern!

- b) Die Bundestreue als Forderungsrecht ist auch im zweigliedrigen Bundesstaat denkbar

Mit der Überflüssigkeit der Bundestreue nach den Prämissen HARBICHS entfällt bereits eine wesentliche Voraussetzung seiner Argumentation.

Selbst wenn wir unterstellen, daß die Bundestreue aus einem anderen Rechtsgrund mit einem geänderten Rechtsinhalt besteht, der nicht nur an der Wahrung des Gesamtinteresses des Bundesstaates ausgerichtet ist, kann die weitere Beweisfolge HARBICHS nicht als zwingend bezeichnet werden.

Die Behauptung, daß ohne Annahme eines dritten Rechtsträgers die Bundestreue lediglich eine - allgemeinen Rechtsgrundsätzen widersprechende - Pflicht des Bundes gegen sich selbst sei, erweist sich als nicht stichhaltig. Auch in einem zweigliedrigen Bundesstaat existieren verschiedene Rechtsträger, der Bund und die Länder. Die Treupflicht kann ohne Schwierigkeiten als eine Rechtspflicht beider gedacht werden. Der Bund

schuldet dann den Ländern die Treue und umgekehrt.

Ein Blick auf zivilrechtliche Fälle von Treupflichten zeigt, daß durchaus derartige Verpflichtungen im Verhältnis zweier Rechtsträger bestehen können, die einem gemeinschaftlichen Interesse dienen, ohne daß sich die Notwendigkeit nach einem übergeordneten dritten Rechtsträger ergibt.

So wird bei der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht das Verhältnis der Gesellschafter untereinander (1) sowie das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft (2) vom Grundsatz gegenseitiger Treue beherrscht (3), deren Maßstab das "gemeinsame Interesse ist" (4).

Die Ehegatten stehen in einem gegenseitigen Treueverhältnis, das seinen rechtlichen Grund in der sie umschließenden Gemeinschaft, der Ehe, hat. Ähnlich liegt es bei der Familie, die zwischen Vater, Mutter und Kindern zu einer Gemeinschaft zusammenschließt und aus der Treupflichten der Familienmitglieder zueinander erwachsen.

In keinem dieser Fälle ist aber die Gesellschaft nach bürgerlichem Recht, die Ehe oder die Familie eine von den Partnern und Mitgliedern abstrahierte und ihnen übergeordnete Rechtsperson (5).

Diese Überlegungen beweisen, daß die Bundestreue nicht als Argument für einen dreigliedrigen Bundesstaatsaufbau herangezogen werden kann.

1) vgl. statt vieler HUECK OHG S. 139, SOERGEL-SIEBERT § 705 Rdz. 39 ff;

2) so ausdrücklich SOERGEL-SIEBERT a.a.O. Rdz. 39;

3) zum Inhalt der Treupflichten vgl. HUECK a.a.O.

4) LARENZ Schuldrecht Bd. 2 S. 292 f;

5) Soweit die auf der BGB-Gesellschaft aufbauende offene Handelsgesellschaft einer juristischen Person angenähert ist, hat dies seinen Grund im Schutz des Handelsverkehrs, nicht aber in allgemeinen Rechtsgrundsätzen.

§ 18

7. Die Irrelevanz der zwei- und dreigliedrigen Bundesstaatstheorien für die Bundestreue

Tatsächlich kann der Streit um den Bundesaufbau als zwei- oder dreigliedriger Staat für das Thema der Bundestreue auf sich beruhen.

Der Kern der verschiedenen Theorien liegt in einer unterschiedlichen Deutung des Verhältnisses von Bund und Ländern. Während die Theorie vom zweigliedrigen Bundesstaat Schwierigkeiten hat, das zwischen Bund und Ländern bestehende Verhältnis mit den Begriffen Über-Unterordnung oder Gleichordnung in Einklang zu bringen, überwindet die Theorie vom dreigliedrigen Bundesstaat diese Frage durch eine Gleichordnung von Gliedstaat und Zentralstaat und eine Unterordnung beider unter den Gesamtstaat (1).

Halten wir uns an die Kernfrage der Über- oder Gleichordnung der Staaten des Bundesstaates und fragen wir uns, ob eine der beiden Möglichkeiten die Bundestreue ausschließt oder ob sie nach beiden Vorstellungen möglich ist.

a) Zivilrechtliche Rechtsverhältnisse

Betrachten wir auch hier einmal das zivilrechtliche Verhältnis der Familie, so dürfte es keinen Zweifel daran geben, daß die Kinder den Eltern rechtlich untergeordnet sind, wie sich aus deren Stellung als Inhaber der elterlichen Gewalt ergibt (2), die eine Vertretungsbefugnis für das Kind sowie das Sorgerecht für

1) SCHEUNER DÖV 1962 S. 642 sieht den tieferen Grund für die Lehre vom dreigliedrigen Bundesstaat offenbar gerade in dem Bestreben, zwischen Bund und Ländern eine Gleichordnung zu konstruieren; ähnlich J.H.KAISER ZausÖRVR 18 S. 533;

2) vgl. § 1626 BGB;

die Person und das Vermögen begründet. Auf der anderen Seite besteht aber hier ebensowenig ein Zweifel an der Verpflichtung zur Treue gegenüber den Kindern wie der Kinder gegenüber ihren Eltern.

Das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers wesentlich bestimmt. Soweit dieses Recht reicht, kann man von einer rechtlichen Überordnung des einen Teils über den anderen sprechen. Für das Arbeitsverhältnis ist die Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers gegenüber den Weisungen des Arbeitgebers charakteristisch (1). Es ermöglicht dem Arbeitgeber, das Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb einseitig zu ordnen und zu gestalten (2). Durch diese Überordnung des einen Teils wird jedoch eine Treupflicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht unmöglich. Ebenso charakteristisch wie das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist das Bestehen einer echten Treupflicht für das Arbeitsverhältnis (3). Es wird vom Grundsatz *beiderseiti- g e r* Treue beherrscht, der seinen Niederschlag in der Verpflichtung des Arbeitgebers zur Treue und Fürsorge findet. Ebenso bestehen für den untergeordneten Teil Treupflichten gegenüber dem übergeordneten (4). Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, "die Interessen des Arbeitgebers, seines Betriebes nach besten Kräften wahrzunehmen und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigt" (5).

-
- 1) HUECK-NIPPERDEY Arbeitsrecht Bd. I S. 158;
 - 2) HUECK-NIPPERDEY a.a.O. S. 159;
 - 3) HUECK-NIPPERDEY a.a.O. S. 241;
 - 4) vgl. HUECK-NIPPERDEY a.a.O. S. 241;
 - 5) HUECK-NIPPERDEY a.a.O. S. 242. In einigen gesetzlichen Bestimmungen hat die Treupflicht ihren Niederschlag gefunden, so im "Schmiergeldverbot" des § 12 UlWG und in der Verschwiegenheitspflicht nach § 17 UnlWG.

Auf die beiderseitigen Treupflichten der Ehegatten, die sich - zumindest seit dem Gleichberechtigungsgesetz (1) - auf der Ebene der völligen Gleichordnung gegenüberstehen, muß nicht besonders hingewiesen werden; hier versteht sich eine solche - rechtliche - Verpflichtung von selbst (2). Ebenso bedarf es keiner weiteren Ausführungen, daß in jedem Vertragsverhältnis, das die Gleichordnung der Partner voraussetzt, gegenseitige Treupflichten bestehen.

b) Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse

Man wird die Argumentation, die das Bestehen von Treupflichten unabhängig von der rechtlichen Überordnung oder Gleichordnung bejaht, nicht an Hand der eben angeführten Beispiele angreifen können mit der Behauptung, daß diese Beispiele aus dem Bereich des Zivilrechts stammen und ihnen daher nur begrenzte Aussagekraft für das öffentliche Recht zukommen könne. Die Übertragung von zivilrechtlichen Gedanken in das öffentliche Recht ist zwar einerseits nicht immer möglich, andererseits aber auch nicht ausgeschlossen (3).

Eine Parallele zu dem Gedanken der Treupflichten im rechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnis findet sich im Bereich des öffentlichen Rechts im Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Rücknahme von begünstigenden, fehlerhaften Verwaltungsakten.

Wesensmäßig gehört zum Verwaltungsakt, daß er nur in einem Subordinationsverhältnis erlassen werden kann. Nach der älteren Sprachregelung ist der Verwaltungsakt ein Ausspruch, der dem U n t e r t a n e n im

1) BGBl. 1957 I S. 609 und Art. 3 Abs. 2 GG;

2) GERNHUBER Familienrecht spricht von einer "Fundamentalflicht" (S. 148);

3) vgl. insbesondere GALLWAS zur Anwendung des allgemeinen Mißbrauchsverbots auf die Grundrechte (Mißbrauch S. 11 ff);

Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll" (1). Auch wenn man in der jüngeren Zeit den Ausdruck "Untertan" vermeidet, so wird der Verwaltungsakt doch dadurch charakterisiert, daß er eine **h o h e i t l i c h e** Anordnung gegenüber dem Betroffenen darstellt, womit die rechtliche Überordnung der erlassenden Behörde umschrieben wird (2).

In diesem öffentlich-rechtlichen Über- und Unterordnungsverhältnis ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes, den man als den Ausfluß einer allgemeinen Interessenwahrungs- und Treupflicht (3) bezeichnen kann, für den Fall der Rücknahme eines fehlerhaften, rechtswidrigen Verwaltungsaktes zu einer wesentlichen Stellung gelangt. Danach ist es nicht ohne weiteres möglich, den rechtswidrigen Verwaltungsakt wieder aus der Welt zu schaffen (4). Vielmehr hat eine Interessenabwägung den Ausschlag zu geben, ob der Verwaltungsakt zurückgenommen werden kann oder nicht. Dabei sind insbesondere die Interessen des Betroffenen zu berücksichtigen, dessen Vertrauen in die Bestandskraft des hoheitlichen Ausspruchs geschützt werden muß (5).

-
- 1) O.MAYER Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 93; Hervorhebung nur hier;
 - 2) vgl. statt vieler FORSTHOFF Lehrbuch S. 192, EYERMANN-PRÖHLER VwGO § 42 Rdz. 13/14, WOLFF Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 296 § 27 EVwVerfG, REDEKER-v. OERTZEN § 42 Nr. 22, LAUNZ-DÜRIG Art. 19 Abs. IV Rdz. 21/22, der für Akte der öffentlichen Gewalt, wozu der Verwaltungsakt gehört, ein Unterordnungsverhältnis voraussetzt;
 - 3) SCHEUNER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 495 hält dies für einen Anwendungsfall von Treu und Glauben;
 - 4) zur Terminologie "Rücknahme, Widerruf und Aufhebung" vgl. WOLFF Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 354 ff;
 - 5) vgl. WOLFF a.a.O. S. 360 ff, LAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 147, BVerwG 5 S. 312;
a.A. FORSTHOFF S. 253 f, der den Gedanken der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in den Vordergrund stellt.

Gerade dieses Beispiel beweist, daß auch in einem öffentlich-rechtlichen Unterordnungsverhältnis der Übergeordnete nicht ohne Rücksicht auf den Untergeordneten und dessen Interessen tätig werden darf, obwohl dies vom Standpunkt einer formaljuristischen Betrachtung aus, die nur auf die Rechtsbefugnisse abstellt, möglich wäre.

Ein weiteres Beispiel für das Bestehen von Treupflichten in einer öffentlich-rechtlichen Über- und Unterordnung ist das Beamtenverhältnis. Dieses wird durch zwei Merkmale gekennzeichnet, die mit dem "Grundverhältnis" und dem "Betriebsverhältnis" (1) umschrieben werden. Das Betriebsverhältnis bestimmt die Funktion, die der Beamte zu erfüllen hat. Es wird bestimmt von der Gehorsamspflicht des Beamten. Hier herrscht der Grundsatz der Über-Unterordnung (2). Hier ist der Beamte "Unterworfener", so daß hinsichtlich der Interna der Verwaltung keine Rede von Rechten des Beamten gegenüber dem Organträger sein kann (3).

Ob in dem vom Betriebsverhältnis zu unterscheidenden Grundverhältnis, in dem der Beamte dem Organträger als Rechtsperson gegenübertritt, das Prinzip der Gleichordnung herrscht, ist zumindest zweifelhaft, wenn man das Beamtenverhältnis insgesamt als besonderes Gewaltverhältnis betrachtet, dem sich der Beamte (freiwillig) unterwirft (4).

1) ULE Verwaltungsprozeßrecht S. 124;

2) vgl. FISCHBACH BBG § 2 Anm. IV 2 a (S. 82), HEFELE-SCHMIDT BayBG Art. 2 Anm. 3;

3) FISCHBACH a.a.O.

4) vgl. HEFELE-SCHMIDT, die das besondere Gewaltverhältnis als Überordnungs- und Unterordnungsverhältnis deuten (§ 2 Anm. 3); s. auch § 54 BBG, wonach der Beamte auch außerhalb des Betriebsverhältnisses seine Lebensführung nach den Grundsätzen der Wahrung von Achtung und Vertrauen in seinen Beruf einrichten muß (vgl. Einzelheiten dazu bei FISCHBACH § 54 Anm. V S. 415 ff); s. auch § 64 Abs. 1 BayBG.

Es kann zumindestens festgestellt werden, daß im Beamtenverhältnis ein Großmaß an Über- und Unterordnung herrscht.

In gleicher Weise wird es aber auch von dem Bestehen wechselseitiger Treupflichten bestimmt, was sich in den Beamtengesetzen niederschlägt, die ausdrücklich das Beamtenverhältnis als "öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis" definieren (1). Dabei bestehen die Treupflichten keineswegs nur für den Über- oder den Untergeordneten, sondern für den Beamten ebenso wie für den Organträger (2).

Auch hier wird deutlich, daß die Treupflichten innerhalb eines bestimmten Rechtsverhältnisses gänzlich unabhängig sind von den Fragen der Über- und Unterordnung. Auch dort, wo für den untergeordneten Teil ausgesprochene Gehorsamspflichten bestehen, ist eine wechselseitige Treupflicht beider Teile nicht ausgeschlossen.

Mit diesen Ausführungen soll die Bundestreue nicht ihrem Inhalt nach mit den ehelichen, familienrechtlichen, arbeitsrechtlichen oder beamtenrechtlichen Treupflichten gleichgestellt werden; ebensowenig soll auf sie pauschal der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Interessenwahrung, wie er im allgemeinen Verwaltungsrecht ausgebildet wurde, übertragen werden. Die Darstellung hatte lediglich die Aufgabe nachzuweisen, daß derartige Treupflichten allgemeiner Natur sind und nicht auf das Verhältnis einer rechtlichen Gleichordnung der Partner beschränkt sind, wie es etwa die speziellere Vertragstreue wäre. Es ist kein Grund ersichtlich, warum nicht auch die Bundestreue ohne Rücksicht auf die rechtliche Überordnung oder Gleichordnung des Bundes zu den Ländern gelten soll.

1) vgl. § 2 BBG, § 2 BayBG;

2) vgl. HEFELE-SCHMIDT § 2 Anm. 6 und 7;

Daher kommt es auf den Streit um das Bund-Länder-Verhältnis in dieser Beziehung nicht an. Die Bundestreue kann sowohl im Gleichordnungs- als auch im Über- und Unterordnungsverhältnis gedacht werden (1). Keine dieser Konstruktionen des Bundesstaates schließt ihre Existenz aus.

Damit ergibt sich aber, daß die Aussagen der Theorien des zwei- oder dreigliedrigen Bundesstaates für die Rechtsgrundlagen der Bundestreue irrelevant sind, da sich der Kern der Auseinandersetzung lediglich um die Zuordnung von Bund und Ländern als koordinierte oder subordinierte Rechtsverhältnisse drehte.

8. Die Bundestreue als Verfassungsgewohnheitsrecht?

Als eine mögliche Rechtsgrundlage für die Bundestreue im Sinn der herrschenden Lehre kommt noch das Gewohnheitsrecht in Betracht. BAYER glaubt, daß kaum Zweifel möglich seien, die Bundestreue als Verfassungsgewohnheitssatz aufzufassen (2). Die Voraussetzungen für die Anerkennung als Gewohnheitsrecht seien gegeben, da die Bundestreue weiteste Anerkennung gefunden habe und sich die Überzeugung ihrer rechtlichen Geltung durchgesetzt habe. Neben der langjährigen Übung seien damit die Bedingungen für das Entstehen von Gewohnheitsrecht gegeben. Dennoch unterläßt es auch BAYER, im Verfassungsgewohnheitsrecht die Rechtsgrundlage für die Bundestreue zu suchen, sondern er wendet sich dann der Begründung aus dem Wesen des Bundesstaates zu.

Tatsächlich müßte ein Rückgriff auf das Gewohnheitsrecht für den Geltungsgrund der Bundestreue als äußerst unbefriedigend angesehen werden. Gewohnheitsrecht setzt eine langjährige, ununterbrochene Übung voraus. Wenn

1) ebenso ZITZELSBERGER S. 166;

2) BAYER Bundestreue S. 33;

wir es als gegeben annehmen, daß die Bundestreue im Kaiserreich - obwohl dort erst durch SMEND im Jahre 1916 entwickelt - und während der Weimarer Republik gegolten hat, so ist doch von 1933 bis 1945 eine Unterbrechung von über einem Jahrzehnt eingetreten. Zumindest für die Anfangszeit der Bundesrepublik ist es daher sehr fraglich, woher die Bundestreue ihre Geltung hatte, da von einer langdauernden Übung schwerlich noch die Rede sein kann (1). Das Bundesverfassungsgericht hat aber bereits im ersten Band seiner Entscheidungen die Bundestreue zur Beurteilung von Rechtsfragen im Bund-Länder-Verhältnis herangezogen (2). Folglich muß die Rechtsgrundlage woanders als im Gewohnheitsrecht gesucht werden.

1) so auch BULLINGER AöR 87 S. 493;

2) vgl. BVerfG 1 S. 117 ff (131) und S. 299 ff (315):

T e i l C

Im vorhergehenden Teil haben wir gesehen, daß die Begründung der Bundestreue gemäß der herrschenden Meinung aus dem "Wesen des Bundesstaates" nur unbefriedigend ist. Herrscht schon erheblicher Streit darüber, was die entscheidenden Merkmale des Bundesstaates sind, wie das Verhältnis von Bund und Gliedern gestaltet sein soll, so wird das Bild nach der Frage des Wesens vollends verworren. Die Untersuchung der einzelnen Antworten nach dem Wesen des Bundesstaates, seiner Legitimation und der zwei- und dreigliedrigen Bundesstaatstheorien hat gezeigt, daß sie keine eindeutige und tragende Basis für die Bundestreue darstellen können. Die Gründe dafür lagen u.a. in der Tatsache, daß die angeführten Argumente keine Aussage über das Bund-Länder-Verhältnis machen, was aber als Voraussetzung für die Begründung eines Rechtsinstituts innerhalb dieses Verhältnisses angesehen werden muß, oder es auf unterschiedliche Theorien nicht ankommt oder die einzelnen Auffassungen den Bundesstaat insgesamt nicht rechtfertigen können.

Im folgenden soll daher in bewußter Abwendung von allen mit den Besonderheiten des Bundesstaates verflochtenen Auffassungen der Versuch gemacht werden, die Rechtsgrundlage für die Bundestreue in einem allgemeinen Rechtsprinzip unseres Staats- und öffentlichen Rechts zu suchen, im Rechtsstaatsgedanken, wie er im Grundgesetz seine Ausprägung gefunden hat.

E r s t e s K a p i t e l

§ 19

I. Grundgesetz und Rechtsstaatsprinzip

1. Der materielle Rechtsstaat

Das Grundgesetz bekennt sich in einer seiner Fundamentalnormen zum Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG). Auch wenn der Ausdruck "Rechtsstaat" nicht erwähnt wird, so umschreibt es doch durch die in Abs. 2 niedergelegte Gewaltenteilung und die Bindung von Rechtsprechung und Verwaltung an Gesetz und Recht (Abs. 3) das Rechtsstaatsprinzip (1). Darin soll nicht nur ein "formaler Gesetzesstaat" (2) angestrebt werden, in dem jeder Akt staatlicher Gewalt auf eine gesetzliche Norm zurückgeführt werden kann, da Gesetz und Recht durchaus unterschiedliche Begriffe sein können, wie gerade Abs. 3 erkennen läßt, der beide nebeneinander stellt (3). Gegenüber Unrecht in Gesetzesform muß ein formales Rechtsstaatsprinzip notwendig versagen (4). Eine derartige Deutung des Rechtsstaates würde zu einem Gesetzespositivismus leiten, den die Rechtslehre der jüngeren Zeit für überwunden

-
- 1) allg.M.; vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 20 vor Rdz. 58; Art. 28 Abs. 1 GG verwendet den Ausdruck "Rechtsstaat";
 - 2) MAUNZ-DÜRIG a.a.O. Rdz. 58;
 - 3) zum Verhältnis des formellen Gesetzes zum Rechtsstaatsprinzip vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 61 und 124 ff;
 - 4) SCHEUNER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 463; vgl. auch DIETZE Festschrift für Leibholz S. 32 ff; VAN DER VEN Gedächtnisschrift für Hans Peters S. 159;

ansieht (1).

Art. 20 GG will den materiellen Rechtsstaat unverbrüchlich verankern (Art. 79 Abs. 3 GG), indem sich alles staatliche Handeln an der materiellen Gerechtigkeit orientiert (2). Dieser unaufhebbare Verfassungssatz bildet daher ein "Strukturprinzip der verfassungsrechtlichen Ordnung" (3). Ähnlich formuliert das Bundesverfassungsgericht das Rechtsstaatsprinzip als "Leitidee" (4), die vom Verfassungsgeber nicht zu einem besonderen Rechtssatz konkretisiert würde (5). Dennoch steht das gesamte Grundgesetz unter einem rechtsstaatlichen Vorzeichen, das sich auch zu Einzelregelungen zumindest hintergründig niedergeschlagen hat.

Das Verhältnis von Rechtsstaatsprinzip und Verfassung hat HESSE zutreffend unter zwei Gesichtspunkten zusammengefaßt:

Der Rechtsstaat nach dem Grundgesetz ist "Form der Rationalisierung des staatlichen Lebens" (6) und "Form der Begrenzung staatlicher Macht" (7). Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß durch die Schaffung und Vertei-

-
- 1) vgl. SCHEUNER a.a.O. S. 464 f; im Sinne eines formellen Rechtsstaatsbegriffs FORSTHOFF Festschrift C.Schmitt S. 61, der an einem formaltechnischen Rechtsstaatsbegriff als "ein System rechtstechnischer Kunstgriffe zur Gewährleistung gesetzlicher Freiheit" festhält; siehe dazu die Kritik bei SCHEUNER a.a.O. S. 504 und LERCHE Übermaß S. 54/55; HESSE Grundzüge S. 77; zum Positivismus vgl. aber auch FORSTHOFF Verwaltungsrecht S. 158 f;
 - 2) MAUNZ-JÜRIG a.a.O. Rdz. 58, SCHEUNER a.a.O. S. 464, MENDER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 58, BACHOF VVDStRL 12 S. 39;
 - 3) ABENDROTH Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 115 f;
 - 4) BVerfG 2 S. 403;
 - 5) vgl. auch MAUNZ Staatsrecht S. 64;
 - 6) HESSE Grundzüge S. 76;
 - 7) HESSE a.a.O. S. 77;

lung von Zuständigkeitsbereichen die Staatsaufgaben wirkungsvoll und rationell erfüllt werden und gleichzeitig das staatliche Handeln für den Betroffenen durchschaubar und insbesondere meßbar wird. Die Begrenzung der Staatsgewalt gegenüber dem einzelnen erfolgt nicht durch die Schaffung zweier getrennter Rechtssphären, die dem Staat einen Herrschaftsreich und dem einzelnen einen Freiheitsbereich zuweisen, sondern durch eine "freiheitliche Gesamtordnung" (1), in der die Freiheitsrechte des einzelnen verbürgt werden.

2. Entwicklung des Rechtsstaatsgedankens

Es ist hier nicht der Ort, eine eingehende Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsstaatsgedankens zu geben, der in seinen geistigen Wurzeln bis zur Antike zurückverfolgbar ist (2). Es sollen nur die Hauptaspekte aufgezeigt werden, unter denen man in der jüngeren Verfassungsgeschichte den Begriff des Rechtsstaates erkannte.

a) Die Arbeiten v.MOHLs und v.GNEIST'

Der Ausdruck Rechtsstaat ist auf die Arbeiten Robert v.MOHLs (3) und Rudolf v.GNEISTs (4) im 19. Jhd. zurückzuführen, die zunächst aus politischen Motiven eine Überwindung der absolutistischen Administration durch eine Gesamtschau von Staatseinrichtungen und

1) HESSE a.a.O. S. 77;

2) vgl. SCHEUNER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 470; s. auch dort die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung S. 461 ff und MENGER ebenda S. 46-56, SCHULZ-SCHAEFFER Die Staatsform der BRD S. 140-146;

3) R.v.MOHL Encyklopädie S. 106;

4) R.v.GNEIST Rechtsstaat S. 7. Auf den Ursprung des Rechtsstaatsgedankens in der allgemeinen konstitutionellen Bewegung des Frühliberalismus weist SCHEUNER a.a.O. S. 476 hin.

Verfassungsordnung anstreben. v.MOHL ordnet den Rechtsstaat nicht in die Begriffsreihe der Staatstypen ein (1), sondern versteht ihn durch die Idee bestimmt, daß der Mensch nur wegen der Erreichung seiner Zwecke Bürger ist. Die Staatstätigkeit muß auf zwei Ziele ausgerichtet sein: Aufrechterhaltung der Rechtsordnung im ganzen Bereich der Staatskraft "als ein Bedürfnis und Gut an sich" (2), was jedoch Voraussetzung für das zweite Ziel ist, die Unterstützung vernünftiger menschlicher Zwecke, wo und insoweit die eigenen Mittel der einzelnen oder bereits zu kleineren Kreisen vereinigten Beteiligten nicht ausreichen (3).

b) Schwerpunkt im Gerichtsschutz

Nach der Festigung des monarchischen Prinzips verengte sich der Blickwinkel auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, worin der Rechtsstaat seine Verwirklichung finden sollte. Die Achtung der menschlichen Persönlichkeit und die Begrenzung der Staatsgewalt schienen allein durch den spätkonstitutionellen Verfassungsstaat genügend gesichert (4), so daß Otto MAYER die verwaltungsrechtliche Seite hervorheben konnte, indem er den Rechtsstaat definierte als "Staat des wohlgeordneten Verwaltungsrechts" (5). Die Entwicklung des

-
- 1) etwa in Zusammenhang mit dem patriarchalen oder patrimonialen Staat, nach Theokratie oder Despotie; so auch für die neuere Zeit MAUNZ Staatsrecht S. 64;
 - 2) R.v.MOHL Encyklopädie S. 325;
 - 3) v.MOHL a.a.O. S. 325/326; im Ansatz findet sich hier eine auf dem Subsidiaritätsgedanken beruhende Auffassung. Zum Subsidiaritätsprinzip und Rechtsstaat vgl. ISENSEE S. 270-281;
 - 4) vgl. SCHEUNER a.a.O. S. 462;
 - 5) O.MAYER Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 58; zum Einfluß auf diese Entwicklung von STAHL und von BÄHR vgl. SCHEUNER a.a.O. S. 483 und MENDER a.a.O. S. 56 f;

Rechtsstaats in diesem Sinne konnte mit dem Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit Ende des 19. Jhd. als abgeschlossen gelten. Für ihn waren die Gesetzmäßigkeit der Anwendung der Staatsgewalt, die genaue Umgrenzung der Verwaltungsbefugnisse und die Gewährung von Rechtsschutz als Wesenszüge anerkannt (1).

c) Der bürgerliche Rechtsstaat

Während der Weimarer Republik wurde von C.SCHMITT der "bürgerliche Rechtsstaat" (2) in den Mittelpunkt gestellt, da es keine Verfassung gebe, "die restlos nichts anderes wäre als ein System von Rechtsnormen zum Schutze des einzelnen gegen den Staat" (3). Aus dieser Grundforderung der bürgerlichen Freiheit ergeben sich zwei Prinzipien, nach denen jede moderne Staatsverfassung ausgestaltet werden muß: a) Das Verteilungsprinzip, durch das die prinzipiell unbegrenzte Freiheit des einzelnen in Beziehung gesetzt wird zur prinzipiellen Begrenztheit der Staatsmacht. Es findet seinen Niederschlag in den Grundrechten (4). b) Das Organisationsprinzip, das der Durchführung des Verteilungsprinzips zu dienen hat und in dem System der Gewaltenteilung als Trennung der Staatsgewalt auf verschiedene Zweige staatlicher Machtausübung enthalten ist (5). Diese Lehre betont in erster Linie den Raum unpolitischer bürgerlicher Sicherheit und die

1) vgl. MEYER-ANSCHÜTZ S. 29 und S. 759 f, FLEINER Institutionen S. 131 f;

2) C.SCHMITT Verfassungslehre S. 125 ff. Der Sache nach war der bürgerliche Rechtsstaat bereits seit dem 19. Jhd. bekannt, vgl. FORSTHOFF Verwaltungsrecht S. 31 ff, WOLFF Verwaltungsrecht S. 39 ff;

3) C.SCHMITT a.a.O. S. 125;

4) C.SCHMITT a.a.O. S. 126 f;

5) C.SCHMITT a.a.O. S. 127;

Kontrolle der staatlichen Macht (1) unter dem Gesichtspunkt des Vorrangs des Gesetzes (2).

§ 20

II. Die Institutionen des Rechtsstaats

Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, zu dem sich das Grundgesetz bekennt, wird durch eine Reihe von Rechtsinstitutionen gesichert, die verfassungsrechtlich verankert sind. Hierzu sind zu zählen (3):

1. Gewaltenunterscheidung und -trennung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG)

Durch die Aufteilung der Staatsgewalt auf eine Mehrzahl nebeneinanderstehender Gewaltträger wird die staatliche Gewaltausübung abgeschwächt und relativiert (4). Sie will eine gegenseitige Kontrolle der Gewaltträger herbeiführen, die ihren Sinn in der Verhinderung von Machtmißbrauch hat (5).

Unter diesem Gesichtspunkt kann auch der bundesstaatliche Aufbau einbezogen werden. Wir haben oben gesehen (6), daß durch die Aufteilung der Staatsgewalt auf Bund und Länder die Wirkung einer

1) vgl. SCHEUNER a.a.O. S. 462 f, der kritisiert, daß die materiale Grundlage des Rechtsstaats in der Freiheit der Person durch die Überbetonung der Herrschaft des Gesetzes und der strikten Bindung der Ausführung aus dem Auge verloren werde.

2) C.SCHMITT a.a.O. S. 142: im generellen Charakter der Rechtsnorm liegt der "letzte Rest der ideellen Grundlage des bürgerlichen Rechtsstaates überhaupt".

3) Die Einteilung folgt dem von MAUNZ Staatsrecht S. 64 ff gegebenen Schema;

4) MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 78;

5) vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 65, C.SCHMITT Verfassungslehre S. 127, v.MANGOLDT-KLEIN Art. 20 Anm. V a 5 b S. 598 ff, KRÜGER Staatslehre S. 785/786;

6) vgl. S. 64;

gesteigerten Gewaltenteilung herbeigeführt wird, ohne daß jedoch der Bundesstaat dadurch seine letzte Erklärung finden könnte. Es ist auch nicht zu übersehen, daß der Rechtsstaatsgedanke gleichfalls im Einheitsstaat verwirklicht werden kann. Der Rechtsstaat fordert nicht zwingend den bundesstaatlichen Aufbau.

Dennoch kann aber die Behauptung aufgestellt werden, daß der bundesstaatliche Aufbau die Chancen für eine Verwirklichung des materiellen Rechtsstaats nicht unbeträchtlich dadurch erhöht, daß er neben der herkömmlichen Gewaltenteilung eine weitere - horizontale - Trennung der Staatsgewalt herbeiführt (1).

Insoweit kann auch der Ansicht HESSEs gefolgt werden, der eine enge Verwandtschaft von Rechtsstaat und Bundesstaat bejaht, da durch die Schaffung kleinerer staatlicher Einheiten im Bundesstaat die staatlichen Angelegenheiten durchschaubarer, übersichtlicher und verstehbar werden. Der bundesstaatliche Aufbau ist "insofern ein Element substantieller Rationalität und darin dem Rechtsstaat eng verschwistert" (2).

Nach der Auffassung von HESSE sind sogar nahezu alle Institute der Verfassung, wozu er die Grundrechte, die Gewaltenteilung, den Rechtsschutz und Zuständigkeiten und Verfahrensregelungen zählt, sowohl in den Dienst des demokratischen wie des Rechtsstaats- und des Bundesstaatsprinzips gestellt, wobei freilich jeweils das eine oder andere vorherrschen kann (3).

1) Die Behauptung HAMANNs GG Einf. I D 1 h (S. 30), daß sich gegenüber dem Begriffspaar Föderalismus oder Einheitsstaat das Rechtsstaatsprinzip "durchaus indifferent" verhält, trifft in dieser Abolutheit nicht zu.

2) K.HESSE Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 582 f; ähnlich DIETZE Festschrift Leibholz Bd. 2 S. 41: "komplementäre, harmonische Paarung Bundesstaat - Rechtsstaat".

3) HESSE a.a.O. S. 587 Fußn. 70;

2. Die Gewährung von Grundrechten für den einzelnen (1)

Hier findet der materielle Rechtsstaatsbegriff seine entscheidende Ausprägung (2). An erster Stelle steht die prinzipiell unbeschränkte Freiheit des Individuums (Art. 2 GG) (3).

Die Grundrechte sichern die Sphäre des einzelnen vor staatlichen Eingriffen (4) und geben ihm einen Abwehranspruch. Dadurch gehen sie über einen bloßen Programmsatz hinaus, der sich nur als eine allgemeine Zielvorstellung an den Gesetzgeber richtet (5), und unterscheiden sich auch von bloßen institutionellen Garantien, die eine bestimmte Einrichtung gewähren, ohne dem einzelnen ein bestimmtes Recht zu geben (6).

So werden die Grundrechte vielfach als subjektive öffentliche Rechte angesehen (7), als die "einer Person verliehene Willensmacht zur Befriedigung eines Eigeninteresses oder eines ihr durch die Rechtsordnung ausdrücklich zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertragenen Interesses" (8).

In den Grundrechten verkörpert sich für SCHEUNER (9) der tiefere Sinn aller rechtsstaatlichen Institutionen als der "Achtung und Erhaltung personaler Freiheit als Grundlage eines Staates, in dem der Mensch sein

1) MAUNZ Staatsrecht S. 65;

2) MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 71/72;

3) MAUNZ Staatsrecht S. 90;

4) vgl. v.MANGOLDT-KLEIN Vorb. A II 4 (S. 61);

5) MAUNZ Staatsrecht S. 94;

6) MAUNZ Staatsrecht S. 96;

7) vgl. v.MANGOLDT-KLEIN Vorb. A VI 2 c (S. 83) mit weiteren Nachweisen;

8) BACHOF Verwaltungsgerichtliche Klage S. 64;

9) SCHEUNER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 489;

Leben in echter Selbstbestimmung ohne zwangsweise Entfremdung und Direktion seines Daseins zu führen vermag" (1).

3. Das formelle Gesetz

Eine wesentliche Komponente des Rechtsstaats bildet das formelle Gesetz, das unter Beteiligung des demokratisch legitimierten Parlaments zustande kommt und auch den Gesetzgeber selbst bindet (2). In diesem Sinn ist der Rechtsstaat auch ein "Gesetzesstaat" (3).

Hier verbinden sich Demokratie und formelles Gesetz mit dem materiellen Rechtsstaatsbegriff. Allerdings kann es zwischen Demokratie und Rechtsstaat durchaus zu Spannungen kommen, wenn die Mehrheit einen Rechtsatz bejaht, der mit rechtsstaatlichen Maximen unvereinbar ist. Dem hat das GG zumindest insoweit einen Riegel vorgeschoben, als es bestimmte Grundrechte auch durch Mehrheitsentscheid für unantastbar erklärt (Art. 79 Abs. 3 GG). Daraus könnte sich nach MAUNZ (4) die Vermutung ergeben, daß die Unantastbarkeit der rechtsstaatlichen Grundlagen zu den immanenten Grenzen der bürgerlichen Demokratie gehört (5).

Vor diesem Hintergrund muß auch das formelle Gesetz gesehen werden, das "Rang und Prädikat einer demokratischen Mehrheitsentscheidung" (6) besitzt.

1) SCHEUNER a.a.O. S. 496;

2) vgl. v.MANGOLDT-KLEIN Art. 20 Anm. V 2, MAUNZ Staatsrecht S. 65;

3) C.SCHMITT Verfassungslehre S. 138;

4) MAUNZ Staatsrecht S. 67;

5) zum Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat vgl. ABENDROTH Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 126 ff, BAUMLIN Richard Die rechtsstaatliche Demokratie Zürich 1954, KÄGI Festschrift Giacometti S. 167 ff;

6) IPSEN VVDStRL 10 S. 75, MAUNZ-DURIG Art. 20 Rdz. 62;

Eine besonders ins Gewicht fallende rechtsstaatliche Forderung liegt in der Eigenschaft des formellen Gesetzes, eine generelle, abstrakte Norm aufzustellen. Für C. SCHMITT war dies die Basis des Rechtsstaats überhaupt. Wenn man auf den generellen Charakter der Rechtsnorm verzichtet, entfällt der Rechtsstaat selbst (1). Auch wenn das Grundgesetz den Bundestag in Art. 77 Abs. 1 nicht nur ausschließ-lich zum Erlass generell-abstrakter Normen ermächtigt (2), so ist dieses Erfordernis zumindest im Grundsatz an den Gesetzesbegriff zu stellen. Maßnahmegesetze sind durch das Grundgesetz zwar nicht völlig ausgeschlossen, sie bilden aber die Ausnahme vom Normalgesetz und werden zahlreichen Beschränkungen unterworfen (3).

4. Die Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalten (Art. 20 Abs. 3)

Auf den Gebieten der Rechtsprechung und Verwaltung tritt der Staat dem einzelnen Bürger direkt entgegen, hier erfährt der einzelne die staatliche Machtentfaltung unmittelbar, während er den Erlass genereller Normen meist nur beobachtend registriert. In der Anwendung der Norm jedoch erlebt er die konkrete Auswirkung von Staatsgewalt.

Ein fundamentales Gebot des Rechtsstaates richtet sich infolgedessen an die vollziehende Gewalt, sich innerhalb dieser Normen zu halten, die ihrerseits wiederum an rechtsstaatliche Grundsätze gebunden sind.

1) C. SCHMITT Verfassungslehre S. 142; "der archimedische Punkt des Rechtsstaates" (S. 151); vgl. FORSTHOFF Verwaltungsrecht S. 32; ders. Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 179;

2) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 96/97, Hervorhebung dort;

3) vgl. zum Begriff des Maßnahmegesetzes MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 107 und die Schranken für derartige Gesetze Rdz. 109 ff;

Jeder Akt der Staatsgewalt muß daher zurückbezogen werden auf eine gesetzliche Grundlage.

Gleiches gilt für Ermächtigung der Verwaltung zum Erlaß von generellen Rechtssätzen (Rechtsverordnungen), wobei es nicht genügt, daß eine Blankoermächtigung erteilt wird. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt die Angabe von Inhalt, Zweck und Ausmaß der zu erlassenden Norm bereits im formellen Gesetz (1). Neben den Grundrechten wird diese Forderung als zweites wesentliches Element des Rechtsstaates von SCHEUNER hervorgehoben, die aber über die bloße Legalität hinausreicht (2), da das eigentliche Ziel in der Verhinderung von Willkür und Unrecht liegt, mithin in dem Bestreben, einen Machtmißbrauch (3) auszuschalten.

§ 21

5. Die Meßbarkeit und Vorausberechenbarkeit der Staatsgewalt

Das Postulat der Meßbarkeit der Staatsgewalt richtete sich in erster Linie an die Verwaltung, an deren Akte die Maßstäbe der Erforderlichkeit, Bestimmtheit, der Verhältnismäßigkeit und der Geeignetheit des verwaltungsrechtlichen Mittels angelegt wurden. Alle Eingriffe der Staatsgewalt unterliegen damit einer an

-
- 1) Die Gültigkeit dieser Anforderungen ist nicht nur auf Bundesverordnungen beschränkt; sie erstrecken sich auch auf Landesverordnungen, vgl. BVerfG 2 S. 333 f., 5 S. 71, BVerwG 2 S. 121 und 330, BayVerfGH 1 S. 91, MAUNZ-DÜRIG Art. 80 GG Rdz. 19; zur Anwendbarkeit des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG auf die Rechtsetzungsbefugnisse von Selbstverwaltungskörperschaften vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 80 Rdz. 34 m.w.N.;
 - 2) SCHEUNER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 490;
 - 3) Das Motiv ist demnach das gleiche wie bei der Gewaltenteilung, vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 64;

objektiven Maßstäben orientierten Überprüfbarkeit und Vorausberechenbarkeit.

a) Die Bindung des Gesetzgebers

Diese Forderung richtet sich jedoch nicht nur an die Verwaltung, sondern auch an den Gesetzgeber (1). So muß dieser insbesondere den Bestimmtheitsgrundsatz beachten, der über den Fall der Rechtsverordnung (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG) hinausgeht, da die vom Rechtsstaat angestrebte Wirkung "von der Klarheit und Bestimmtheit rechtlicher Anordnung schlechthin abhängt" (2).

Auch an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit ist der Gesetzgeber gebunden. Deutlich wird dies insbesondere bei Grundrechtseingriffen, für die Art. 19 Abs. 2 GG eine absolute Grenze aufstellt durch das Gebot, den Wesensgehalt der Grundrechte unangetastet zu lassen. Hieraus wird abgeleitet, daß die An-tastung des Wesensgehalts jedenfalls stets unverhältnismäßig ist (3), da kein Staatsziel einen so weitgehenden Eingriff rechtfertigen kann.

-
- 1) vgl. MAUNZ-DÜRIG hinsichtlich Maßnahmegesetzen Art. 20 Rdz. 114/115;
 - 2) HESSE Grundzüge S. 81;
 - 3) vgl. statt vieler LERCHE Übermaß S. 79 und S. 34 f m.w.N.; ähnlich MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 115, wonach die Maßstäbe der Erforderlichkeit, Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit aus Art. 19 Abs. 2 GG abgeleitet werden. Das mag für die Grundrechtsbeschränkung zutreffen, soweit jedoch eine Ermessensbindung des Gesetzgebers allgemein aus Art. 19 Abs. 2 hergeleitet wird, scheint diese Folgerung zu weitgehend. Man wird eher umgekehrt das aus Art. 19 Abs. 2 GG entnommene Übermaßverbot als einen grundgesetzlich näher geregelten Fall des allgemeinen rechtsstaatlichen Gebots nach Meßbarkeit und Bestimmbarkeit staatlichen Handelns begreifen müssen.

Insgesamt wird das an den Gesetzgeber gerichtete Übermaßverbot von drei Argumenten getragen:

aa) Die starke Abhängigkeit von Staat und Gesellschaft hat zu einem engen Verhältnis von Normgeber und Normadressat geführt (1), was auf den Rechtsstaatsbegriff nicht ohne Bedeutung bleibt. Daher kann nicht nur an den formalen Kriterien des Rechtsstaates festgehalten werden, sondern es muß die "Substanz dieser Klausel auch einer veränderten Umwelt gegenüber zur Geltung gebracht werden" (2). Das Übermaßverbot bietet durch die formalen Maßstäbe der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit Kriterien, um die rechtsstaatliche Grundforderung nach Meßbarkeit der Staatsgewalt zu erfüllen.

bb) Die modernen Verfassungen und insbesondere das Grundgesetz stellen nicht nur einen Katalog von Grundrechten und staatlichen Zuständigkeiten auf. Sie enthalten darüber hinaus eine Reihe von "dirigierenden Grundsatznormen" (3), die dem Gesetzgeber bestimmte Verfassungsaufträge erteilen, die stetig und kontinuierlich zu vollziehen sind (4).

Solche Aufträge führen zu einer Einengung der bisher als souverän verstandenen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auf eine bloße Ermessensfreiheit (5), so

1) vgl. LERCHE Übermaß S. 53 ff;

2) LERCHE a.a.O. S. 58;

3) LERCHE a.a.O. S. 66;

4) LERCHE a.a.O. S. 63/64 nennt in erster Linie die Sozialstaatsklausel (Art. 20 GG) und folgende Einzelbestimmungen des GG: Art. 1 Abs. 1 Satz 2, Art. 4 Abs. 2; Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 und 5, Art. 9 Abs. 3, Art. 14 Abs. 1 Satz 1, die zumindest teilweise als dirigierende Norm zu verstehen sind. Außerdem zählen dazu der Fürsorgeauftrag des Art. 131 GG, die Gestaltungsaufgaben der Art. 134 und 135, der Regelungsauftrag Art. 33 Abs. 5 und das Anpassungsgebot Art. 117 Abs. 1 GG.

5) LERCHE Übermaß S. 65;

daß auch die Nichterfüllung des Auftrags als Ermessensfehler gewertet werden kann (1). Bei der Vollziehung der dirigierenden Verfassungsgrundsätze ist der Gesetzgeber an verschiedene Ermessensschränken gebunden, die sich aus dem Gleichheitsgebot als eine "stetig bindende Direktive für Art und Weise gesetzgeberischen Tätigwerdens" ergibt (2). Darüber hinaus erfolgt durch die verfassungsrechtlichen Aufträge eine Bindung des Gesetzgebers, die nicht "von vornherein an bestimmte institutionalisierte Positionen gebunden sind, sich ebensowenig aber in der Allgemeinheit elementarer Verfassungsrichtpunkte erschöpfen" (3).

Eine ähnliche Rolle kommt dem Grundsatz der Geeignetheit, der insbesondere in der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung Eingang gefunden hat (4), aber auch auf die Verfassungsaufträge gegenüber dem Gesetzgeber zur Geltung kommt (5), zu.

cc) Das dritte Argument für die Auffassung einer rechtsstaatlichen Bindung des Gesetzgebers ist die Ausformung des Übermaßverbots in einzelnen Verfassungsnormen, die den Erforderlichkeitsgedanken erkennen lassen, wie etwa Art. 72 Abs. 2 und Art. 75 GG (6).

Die Bestimmung des Art. 72 Abs. 2 GG wurde oben unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsprinzips erörtert mit dem Ergebnis, daß dieses Prinzip in der

1) LERCHE Übermaß S. 66;

2) LERCHE a.a.O. S. 67;

3) LERCHE a.a.O. S. 73;

4) vgl. LERCHE a.a.O. S. 76 Anm. 186 mit zahlreichen Zitaten;

5) LERCHE a.a.O. S. 77;

6) LERCHE a.a.O. S. 78 nennt daneben noch: Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 Abs. 3 WRV und Art. 11 Abs. 2 GG, Art. 98 Abs. 2 Bayer.Verf. und hinsichtlich der Einschränkung von Grundrechten den bereits erwähnten Art. 19 Abs. 2 GG.

Praxis vom Vorrang des Bundes und dem Prioritätsgrundsatz überlagert wird (1). Der Bund ist aber auf dem Gebiet der konkurrierenden Gesetzgebung, ebenso wie bei der Rahmengesetzgebung (Art. 75 GG), an die rechtsstaatliche Schranke der Erforderlichkeit eines Bundesgesetzes gebunden, auch wenn es ihm in der Verfassungspraxis relativ einfach ist, diese Schranke zu übersteigen (2).

Der Rechtsstaatsgedanke hat in Zusammenhang mit der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung der Voraussetzungen für ein Gesetzgebungsrecht des Bundes entscheidende Bedeutung erlangt.

Das Bundesverfassungsgericht hatte den Standpunkt eingenommen, daß die in Art. 72 Abs. 2 Nr. 1-3 GG aufgezählten Voraussetzungen für die Zuständigkeit des Bundes einer richterlichen Kontrolle nicht unterliegen, sondern als Gegenstand des gesetzgeberischen Ermessens zu betrachten seien. Daher könne nur nachgeprüft werden, ob der Gesetzgeber seinen Ermessensspielraum überschritten habe, also Ermessensmißbrauch vorliege (3).

Dieser Auffassung hat sich zu Recht MAUNZ widersetzt, da sie mit dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar sei (4). Das Bundesverfassungsgericht habe nämlich dem Bundesgesetzgeber einen Ermessensspielraum auf der Tatbestandsseite einer Rechtsnorm eingeräumt und nicht, wie allgemein üblich, auf der Rechtsfolgeseite. Damit wird aber die Befugnis des Bundesgesetzgebers nahezu unbeschränkt, da der Fall eines Ermessensmiß-

1) vgl. S. 78;

2) vgl. oben S. 78;

3) vgl. BVerfG 2 S. 214, 4 S. 127, 13 S. 230;

4) MAUNZ-DÜRIG Art. 72 Rdz. 15, vgl. auch KRATZER DVBl. 1950 S. 396, LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 346, KALKBRENNER JZ 1963 S. 2/3;

brauchs fast nie nachweisbar sein wird; diese Ausufahrung der Bundesbefugnisse widerspricht dem auf Machtbeschränkung ausgerichteten Rechtsstaatsprinzip.

Wohl nicht zuletzt unter dem Eindruck dieser Kritik ist das Bundesverfassungsgericht stillschweigend in späteren Entscheidungen von seiner Meinung abgerückt und hält die Vorranggarantien für justiziabel.

Im Ladenschlußurteil vom 29.11.1961 (1) führt es aus, daß die Begriffe der Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit Rechtsbegriffe seien, die der Konkretisierung bedarfen. Erst durch die Konkretisierung wird es möglich zu entscheiden, ob ein Bundesgesetz erforderlich ist. "Das Bundesverfassungsgericht ist deshalb auf die Prüfung beschränkt, ob der Bundesgesetzgeber die in Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG verwendeten Begriffe im Prinzip zutreffend ausgelegt hat und sich in dem dadurch bezeichneten Raum gehalten hat" (2). Damit sind aber die Voraussetzungen für eine Bundeskompetenz als verfassungsrechtlich nachprüfbare Rechtsbegriffe anerkannt (3).

b) Die rechtsstaatlichen Maßstäbe, insbesondere das Übermaßverbot

Aus der Forderung des Rechtsstaatsgedankens nach Meßbarkeit und Bestimmbarkeit des staatlichen Handelns ergibt sich die Notwendigkeit, Maßstäbe für die Kon-

1) BVerfG 13 S. 230 ff;

2) BVerfG 13 S. 234;

3) In BVerfG 13 S. 237 ff (239) beruft sich das Gericht ausdrücklich auf diese Entscheidung. BVerfG 14 S. 56 ff (75) spricht den gleichen Gedanken aus. Für eine richterliche Nachprüfung der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG treten ein: FRÖHLER DVBl. 1950 S. 492, HAMANN Art. 72 Anm. B 4 S. 325, HERRFAHRDT BK Art. 72 Anm. II 3, KRATZER DVBl. 1950 S. 396 und 397, LERCHE BayVBl. 1958 S. 235; a.A.: v.MANGOLDT-KLEIN Art. 72 Anm. IV 5 m.w.N.;

kretisierung dieser Grundsätze zu liefern, wenn es nicht bei unbestimmten, unbestimmbaren Formulierungen bleiben soll.

Im Polizeirecht stehen als Maßstäbe des polizeilichen Eingriffs bereits seit langem die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit zur Verfügung, die nach der Einschränkung des Polizeibegriffs und der Erweiterung der allgemeinen Eingriffsverwaltung auch dort Eingang gefunden haben (1) und nunmehr im gesamten Verwaltungsrecht, auch im Bereich der Daseinsvorsorge, als gültig angesehen werden (2).

Darüber hinaus sind die Grundsätze in den Bereich des Verfassungsrechts vorgedrungen und haben insbesondere bei der Beschränkung von Grundrechten Bedeutung erlangt (3).

aa) Die Grundlagen des Übermaßverbots

Im Rahmen der Untersuchung kommt es hier nicht darauf an, den Einzelheiten des Übermaßverbots bei der Grundrechtsbeschränkung nachzugehen, vielmehr ist die davor liegende Frage zu klären, wo im Bereich des Verfassungsrechts diese Grundsätze ihre Verankerung finden.

Hier sind von der Lehre und Rechtsprechung eine Vielzahl von Anknüpfungspunkten herausgearbeitet, was den Überblick erschwert und auch die tatsächlichen Grund-

-
- 1) zur geschichtlichen Entwicklung v.KRAUSS S. 13 f und 18 ff;
 - 2) LERCHE Übermaß S. 24 m.w.N. in FuBn. 14 und 15;
 - 3) grundlegend LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht; vgl. auch DÜRIG JZ 1953 S. 193 ff, FORSTHOFF Festschrift Jellinek S. 221 (235 f), LAUNZ-DÜRIG Art. 2 Rdz. 61 ff, Art. 20 Rdz. 71, ZIPPELIUS DVBl. 1956 S. 353 ff, KRUGER Staatslehre S. 834 f;

lagen oft verdeckt. Insbesondere durch die Blickrichtung auf Grundrechtsbeschränkungen wird immer wieder versucht, das Übermaßverbot aus dem Grundrechtsteil des Grundgesetzes selbst zu entnehmen.

Auf Versuche, in einzelnen Grundrechtsartikeln oder in Art. 19 Abs. 2 GG (1) die Grundlage für das Übermaßverbot zu finden, soll hier nicht ausführlich eingegangen werden, denn eine andere Überlegung eröffnet bereits den direkten Weg zum Rechtsstaatsprinzip.

Wenn wir oben die Gewährung von Grundrechten für den einzelnen Staatsbürger als eine Komponente des Rechtsstaates bezeichnet haben (2) und es weiterhin als ein Gebot der Rechtsstaatlichkeit ansehen, daß jede Staatstätigkeit meßbar sein muß, so liegt es nahe, die Wurzel des Mißbrauchsverbots im Rechtsstaatsprinzip selbst zu suchen und die für seine Ableitung herangezogenen Verfassungsnormen (3) lediglich als Ausprägung jenes rechtsstaatlichen Grundgebotes aufzufassen. Damit würde eine Verengung des Blickwinkels auf die Grundrechtsbegrenzung - wiewohl hier zweifellos das Hauptanwendungsfeld der Grundsätze liegt - vermieden und eine Erweiterung auf den gesamten verfassungsrechtlichen Bereich gewonnen.

1) Die Verankerung des Übermaßverbots wird gesehen in:

- a) Art. 19 Abs. 2: BGHSt 4 S. 375 (376 f), 4 S. 385 (392), BGHSt DÖV 1955 S. 729 ff;
- b) Art. 19 Abs. 2 in Zusammenhang mit Art. 1 GG: DÜRIG AöR 81 S. 117 ff (146); vgl. ders. in MAUNZ-DÜRIG Art. 2 Abs. 1 Rdz. 64 ff und 73;
- c) Art. 3 Abs. 1: WITTIG DÖV 1968 S. 817 ff (822 re.Sp./823) (als Ausprägung des Willkürverbots); v.MANGOLDT-KLEIN Art. 3 Anm. III 1, und 4;
- d) in dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit selbst als Grundrecht (!) und dessen überstaatlichem Charakter und aus dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 2: v.KRAUSS S. 51;

2) vgl. oben S. 121;

3) vgl. Fußn. 1;

bb) Das Übermaßverbot als allgemeine rechts-
staatliche Forderung

Für SCHEUNER (1) stellt diese die zweite Säule des Rechtsstaates dar, die sich verkörpert im Schutz der persönlichen Freiheit des Bürgers und in der Mäßigung und rechtlichen Bindung aller öffentlichen Machtausübung. Auf diese Weise gibt der Rechtsstaat der Wirksamkeit des Staates "Maß und Form" (2).

Man wird daher in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht das Übermaßverbot direkt aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten können. Oben aufgestellter Grundsatz nach Meßbarkeit und Bestimmbarkeit der staatlichen Eingriffe gehört zu den "übergreifenden Leitregeln allen staatlichen Handelns", die sich zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben und deshalb Verfassungsrang haben (3).

Einer Berufung auf die Grundrechte oder auf Art. 19 Abs. 2 GG bedarf es zur Begründung der Grundsätze von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit nicht (4).

Es wäre in der Tat unverständlich, wenn man die Grundrechte oder deren Wesensgehaltgarantie mithieranziehen

-
- 1) SCHEUNER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 480 f;
 - 2) HESSE Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 573, s. aber auch die Einschränkung auf S. 578 f;
 - 3) BVerfG 23 S. 127 (133 f), vgl. auch BVerfG 6 S. 389 (439), 10 S. 89 (108, 117), 10 S. 354 (364), 17 S. 306 (313 f), 16 S. 194 (202), 20 S. 150 (155), 20 S. 162 (198), 20 S. 323 (331), 20, 365 (373), 20 S. 45 (49 f), 20 S. 144 (147 f), 22 S. 21 (26 f), 22 S. 114 (124), 22 S. 180 (220), 24 S. 367 (404);
 - 4) vgl. insbesondere die Rechtsprechung des BayVerfGH, der seit Bd. 2 II S. 72 (82) neben dem in Art. 3 BV aufgestellten Rechtsstaatsgebot ausführt, daß sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aus dem "Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechtsgarantien der Bayer. Verfassung" ergibt (Art. 98 BV); vgl. BayVerfGH Bd. 9 II S. 158 (177), Bd. 11 II S. 23 (33), Bd. 13 II S. 45 (53), Bd. 14 II S. 77 (84);

müßte, um das Übermaßverbot als Rechtssatz mit Verfassungsrang (1) anzusehen. In diesem Fall müßten Eingriffe des Staates in Rechte von Selbstverwaltungskörpern oder anderen öffentlich-rechtlichen Rechtspersönlichkeiten von diesem Grundsatz ausgenommen werden. So wird den Gemeinden durch Art. 28 Abs. 2 GG kein Grundrecht im Sinne eines subjektiv-öffentlichen Rechts gewährt (2), da lediglich die Institution der gemeindlichen Selbstverwaltung garantiert wird (3). Ebensowenig können sich sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts zumindest insoweit nicht auf die Grundrechte berufen, als sie hoheitliche Funktionen ausüben (4). Dennoch ist es allgemein aner-

-
- 1) BVerfG 23 S. 135; gelegentlich nimmt das BVerfG auch Bezug auf die Grundrechte: "In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruchs des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist". BVerfG 19 S. 342 (348 f);
 - 2) h.M., vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 28 Rdz. 28, STERN-PÜTTNER Gemeindevirtschaft S. 142, STERN BK Art. 28 Rdz. 62 ff, HENRICHS DVBl. 1954 S. 734, W.WEBER Staats- und Selbstverwaltung S. 40/41, IPSEN DÖV 1955 S. 226, SEIBERT Diss. S. 99 Fußn. 1 m.w.N.; a.A. SÜSTERHENN-SCHÄFER Verfassung von Rhld.-Pfalz Art. 49 Anm. 2, GEIGER in Festschrift Laforet Bd. 3 S. 267 Fußn. 27, ARNDT DVBl. 1951 S. 299, wohl auch JESCH DÖV 1960 S. 739;
 - 3) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 28 Rdz. 24;
 - 4) BVerfG 15 S. 256 (262), 21 S. 362 (370 f); innerhalb des hoheitlichen Gesamtaufbaus des Staates kann es keine Grundrechte als subjektiv-öffentliche Rechte geben. Soweit Eingriffe und auch Übergriffe des einen Hoheitsträgers in die Funktion und auch Vermögen eines anderen möglich sind, handelt es sich dabei der Sache nach um Kompetenzkonflikte im weiteren Sinn, um eine sinnvolle und zweckmäßige Aufteilung der staatlichen Gewalt und die Abgrenzung der Teilzuständigkeiten gegeneinander; vgl. BVerfG 27 S. 370;

daß sich Eingriffe des Staates in das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden innerhalb der von den Geboten nach Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit gezogenen Grenzen halten müssen. So hat das Bundesverfassungsgericht bereits in Bd. 1 S. 167 festgestellt, daß Eingriffe in die Personalhoheit der Gemeinden zeitlich und sachlich auf das unbedingt Notwendige zu beschränken sind (1).

Man kann daraus den Schluß ziehen, daß jeder staatliche Rechtseingriff, seien es Grundrechte des einzelnen oder sonstige Rechte, dem Übermaßverbot als rechtsstaatlicher Forderung unterliegt (2).

cc) Das Überwiegen verwaltungsmäßiger Elemente in den Beziehungen der öffentlichen Gewaltsträger untereinander

Die differenzierte Auffassung von LERCHE (3) steht mit dem hier gewonnenen Ergebnis nicht in unlösbarem Widerspruch. Zunächst muß festgehalten werden, daß die Grundlage der Untersuchung LERCHEs ebenfalls das Rechtsstaatsprinzip ist (4). "Wesentliche Substanz des Rechtsstaates ist die Berechenbarkeit staatlichen Vorgehens" (5). LERCHE nimmt jedoch an, daß eine voll-

1) BVerfG a.a.O. S. 178, BVerfG DVBl. 1969 S. 795, ebenso NRWVerfG in DVBl. 1956 S. 722 ff: Eingriff in die Finanzhoheit nur, wenn dieser zwingend nötig ist und den geringstmöglichen Umfang hat (S. 723 re.Sp.); zur Einschränkung institutioneller Garantien durch das Übermaßverbot vgl. STERN Verfassungsrechtliche Position der Gemeinden S. 46/47, OSSENBUHL Verwaltungsvorschriften S. 392, ISENSEE Subsidiaritätsprinzip S. 246, SCHOLTISSEK DVBl. 1969 S. 830/831, JESCH DÖV 1960 S. 739 Fußn. 5;

2) im Ergebnis ebenso IPSEN AöR 78 S. 314 Fußn. 46;

3) vgl. oben S.126 und LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 53 ff;

4) LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 53 ff;

5) LERCHE a.a.O. S. 58;

ständige Weiterführung der bisherigen formalisierten (rechtsstaatlichen) Elemente dieser Forderung nicht mehr in vollem Umfang gerecht werden. Ein Teil dieser Elemente soll daher behutsam gegen "neue, nicht minder formalisierten" Inhalts ausgetauscht werden (1). Die Begründung für das teilweise Versagen der überlieferten formalen rechtsstaatlichen Strukturen kann jedoch nur in dem von LERCHE behandelten Themenkreis, dem Verhältnis von Normgeber und Normadressaten, von Gesetzgeber und Staatsbürger zutreffen. Hier offenbart sich tatsächlich ein vorwiegend soziologisch begründetes Phänomen, das auf der Verschränkung von Gesellschaft und Staat beruht (2). Das "Näherrücken" von Normgeber und Normadressat schafft "eine Verengung des Luftraumes des Gesetzes". Die Verengung der Distanz schaffe Material, mit dem der Rechtsstaatsbegriff überkommener Prägung nicht fertig werden könne (3).

Dieses Ergebnis soll nicht in Abrede gestellt werden. In dem weiteren Bereich, der das gesamte staatliche Handeln umfaßt, also insbesondere das Verhältnis der verschiedenen öffentlich-rechtlichen Gewaltträger zueinander begreift, müssen aber die von LERCHE angeführten Gründe verblassen. Hier trifft die Überlegung eines Zusammenrückens von Staat und Gesellschaft nicht in gleicher Weise zu. Die Distanz zwischen dem Bundesstaat und den Gliedstaaten, den kommunalen Selbstver-

1) LERCHE a.a.O., Hervorhebung dort;

2) LERCHE a.a.O. S. 54, vgl. auch SCHEUNER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 466: "Wenn sich heute der rechtsstaatliche Gesetzestypus in der raschen Abfolge von gesetzlichen Anordnungen aufzulösen droht, die mehr gestaltend verwalten als dauerhaft normativ ordnen, so wird damit eine Grundlage der Gesetzesbindung berührt."

3) LERCHE a.a.O.;

waltungskörpern und sonstigen öffentlichen Gewaltträgern vermindert sich nicht zwangsläufig in gleichem Maß wie die zwischen Staat und Individuum. Es kann zwar nicht in Abrede gestellt werden, daß auch in diesem Bereich die Verhältnisse etwas verschoben worden sind, jedoch nicht in gleichem Maße. Die Beziehungen der öffentlichen Gewaltträger untereinander sind von jeher durch zeit-, sach- oder personalbestimmte Elemente gekennzeichnet, die zu einer individualisierenden Behandlung führen (1). Das folgt allein schon aus der numerisch kleinen Zahl der in Betracht kommenden Rechtspersonen. In dieser Zone staatlichen Handelns stand stets das verwaltungsmäßige Element im Vordergrund. Die Bedingungen haben sich nicht so grundlegend geändert wie im Verhältnis Staat - Individuum, wo an die "Stelle des Allgemeingeltenden und des für die Dauer Bestimmten" in gewissem Maße das zweckbetonte, zeit-, sach- oder personalgebundene Maßnahmegesetz und Plangesetz tritt (2). Das Verhältnis der öffentlichen Gewaltträger zueinander ist dagegen stets von der Einzelmaßnahme bestimmt gewesen, die von individualisierenden und sachbezogenen Elementen getragen war (3).

-
- 1) Man denke beispielsweise an den Bundeszwang oder die Bundesaufsicht, die gegenüber meist nur einem Land zur Anwendung kommt; ähnlich liegt es bei der Kommunalaufsicht, wo Adressat des Aufsichtsaktes eine einzelne Gemeinde ist;
 - 2) LERCHE a.a.O. S. 47;
 - 3) In diesem Raum zerfließen daher auch die Unterschiede zwischen dem verwaltungsmäßigen Einzelakt und dem Gesetz als genereller, abstrakter Regelung. Man denke beispielsweise an die Umgestaltung eines Bundeslandes durch "Gesetz" gemäß Art. 29 Abs. 1 GG. Selbst das verfassungsändernde Gesetz gemäß Art. 79 Abs. 1 GG, das Länderkompetenzen auf den Bund überträgt, hat noch einen dem Maßnahmegesetz und damit dem Einzelakt verwandten Charakter, weil nur elf Rechtsträger und der Bund unmittelbar davon betroffen werden.

Daraus folgt für die Begründung des Übermaßverbots, daß nicht erst auf die feinsinnigen - und im Bereich des Gesetzes durchaus angebrachten - Differenzierungen LERCHEs (1) zurückgegriffen werden muß, sondern es sich bereits aus dem herkömmlichen, möglicherweise etwas unbehauenen und weniger subtilen Rechtsstaatsbegriff selbst ergibt. Zur Ableitung der Grundsätze von Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit bedarf es daher nicht einer "sinngewendet gelesenen Rechtsstaatsklausel" (2); die von LERCHE angeführten Unterscheidungen zwischen dem Rechtsstaat überkommener Prägung und seiner Bestimmung im heutigen Verwaltungsstaat können dabei durchaus ihre Berechtigung im Bereich der Bindung des Gesetzgebers haben und dort die Anwendung des Übermaßverbots im Einzelfall inhaltlich weiter konkretisieren, zur allgemeinen Ableitung aus dem Rechtsstaatsprinzip müssen sie aber nicht herangezogen werden.

Das Übermaßverbot stellt sich als ein allgemeines rechtsstaatliches Verfassungsprinzip dar (3).

dd) Die Aussage des Übermaßverbots im einzelnen Unter der Bezeichnung des "Übermaßverbots" werden die zwei Unterbezeichnungen (4) des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Erforderlich-

1) vgl. LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 53 ff und 61 ff;

2) LERCHE a.a.O. S. 77/78;

3) so im Ergebnis auch STERN Verfassungsrechtliche Position S. 46, NAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 116, LERCHE S. 57 ff;

4) nicht "Unterbegriffe", worauf LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 21 hinweist;

keit zusammengefaßt (1).

Die Aussage des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit geht dahin, daß der Einsatz eines bestimmten Mittels nicht unangemessen sein dürfe gegenüber dem angestrebten Zweck (2).

Der Grundsatz der Erforderlichkeit (= Notwendigkeit) besagt, daß von einer Mehrzahl von möglichen Mitteln nur dasjenige angewandt werden darf, das den Rechtsträger am wenigsten beeinträchtigt (3). Er wird daher auch mit dem Grundsatz des mildesten Mittels identifiziert (4).

Schwierig ist die Einordnung des in diesem Zusammenhang immer wieder genannten Grundsatzes der Geeignetheit (5), der verlangt, daß zur Zweckerreichung nur ein geeignetes Mittel eingesetzt werden darf, was dann der Fall ist, wenn durch die Maßnahme der konkrete Erfolg näherrückt (6).

-
- 1) so bestimmte bereits W.JELLINEK Gesetz Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung S. 268 und 289 ff: Übermaß als Ungültigkeitsgrund für Polizeibe-
fehle, wenn diese mehr verlangen als die Herbeifüh-
rung des polizeimäßigen Zustands (S. 289).
LERCHE a.a.O. S. 21; v.KRAUSS S. 17 f bildet dage-
gen einen weiteren Begriff der Verhältnismäßigkeit,
der auch den Grundsatz der Erforderlichkeit mitum-
faßt (S. 18); vgl. außerdem GENTZ NJW 1968 S. 1601
und 1604, WITTIG DÖV 1968 S. 817 ff;
 - 2) LERCHE a.a.O. S. 19, WITTIG DÖV 1968 S. 817,
v.KRAUSS S. 15 ff, GENTZ NJW 1968 S. 1601;
 - 3) LERCHE a.a.O. S. 19 f, WITTIG a.a.O. S. 817,
v.KRAUSS S. 18, GENTZ a.a.O. S. 1603 f;
 - 4) so ausdrücklich GENTZ NJW 1968 S. 1604;
 - 5) HABERLE Wesensgehaltsgarantie S. 67 vermengt die
Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Geeig-
netheit und definiert: "Das Prinzip der Verhält-
nismäßigkeit verlangt, daß die angewandten Mittel
zur Erreichung des erstrebten Erfolges geeignet
sind."
 - 6) vgl. GENTZ NJW 1968 S. 1603, DREWS-WACKE S. 282 ff;

Nach LERCHE ist die Geeignetheit des Mittels ein "präjudizielles Verhältnis kausaler Natur", das mit der Beziehung des Abgewogenseins, wie es unter dem Begriff der Verhältnismäßigkeit verstanden werde, nichts zu tun habe (1). Ähnlich stellt sich für WITTIG die Frage nach der Erforderlichkeit erst dann, wenn feststeht, daß ein bestimmtes Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks geeignet ist. "Die Grundsätze der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit sind also Prinzipien, mit deren Hilfe aus der Zahl der zur Erreichung eines bestimmten Ziels geeigneten Mittel das oder die zulässigen Mittel ausgewählt werden können" (2).

In gleicher Weise kann in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit von Grundrechtseinschränkungen festgestellt werden, daß zunächst die Frage nach der Geeignetheit gestellt wird, bevor die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit geprüft werden (3).

ee) Der Grundsatz der Bestimmtheit

In engem sachlichen Zusammenhang mit dem Übermaßverbot und dem Grundsatz der Geeignetheit steht der Grundsatz der Bestimmtheit, der verlangt, daß eine staatliche Maßnahme gegenüber dem Betroffenen so gestaltet sein muß, daß er Aufschluß darüber erhält, "was nunmehr rechtens sein soll" (4). Diese insbeson-

1) LERCHE a.a.O. S. 19 f;

2) WITTIG DÖV 1968 S. 817;

3) besonders deutlich im "Apotheken-Urteil" Bd. 7 S. 377 ff (409-413); vgl. auch BVerfG 13 S. 97 (113); S. 230 (235, dort in Verquickung mit dem Mißbrauchsgedanken); S. 237 (241 f, Wahl zwischen mehreren geeigneten Mitteln unter Beachtung des Übermaßverbots); 16 S. 147 (181, 183), 17 S. 306 (315), 19 S. 330 (337-342), 19 S. 119 (126-127), 20 S. 162 (186-188, 204, 205, 213-214);

4) FORSTHOFF Verwaltungsrecht S. 212 für den Verwaltungsakt;

dere im Polizeirecht angewandte Regel (1) ist nicht nur dort von Bedeutung, sondern hat gleichfalls Eingang in das gesamte Verwaltungsrecht und auch das Verfassungsrecht (2) gefunden. LERCHE zählt sie zum Bestandteil der dirigierenden Verfassung (3), deren Ausprägungen nicht nur das "Wie", sondern im Einzelfall auch das "Ob" gesetzgeberischen Vorgehens bestimmen können. Von der Verfassung über das Gesetz bis zum Einzelakt ist man sich darüber einig, daß Bestimmtheit ein unbedingtes Erfordernis der Norm ist (4).

Seine Grundlage findet die Bestimmtheitsmaxime ebenfalls im Rechtsstaatsprinzip, in der Forderung nach Meßbarkeit und Berechenbarkeit des staatlichen Handelns (5). Sie ist als Bestandteil rechtsstaatlicher Forderungen zu betrachten (6).

6. Gerichtlicher Rechtsschutz

Zu den Erfordernissen des Rechtsstaates wird die Möglichkeit des justizförmigen Rechtsschutzes gezählt (7).

1) vgl. FORSTHOFF a.a.O.

2) LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 68 f;

3) LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 74 und 75;

4) KRÜGER Staatslehre S. 290;

5) C.SCHMITT Verfassungslehre S. 131, vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 65; im Grundsatz auch LERCHE S. 67 f, dessen Meinung, daß die allgemeine Forderung nach Meßbarkeit nicht mehr zur Begründung ausreicht, da "der Begriff der Bestimmtheit eine in neue, in sich gerundete Gestalt gesteigerter Schärfe gewonnen hat", auf der gleichen Überlegung beruht wie beim Übermaßverbot, ("Distanzverlust") kann auch nur für den von ihm behandelten Rahmen (Bindung des Gesetzgebers) zutreffen, da wir bereits oben (S.135) gesehen haben, daß im Bereich der öffentlichen Gewaltsträger untereinander ein solcher Distanzverlust nicht eingetreten ist.

6) vgl. aus der Rechtsprechung: BVerfG 7 S. 89 (92), 7 S. 282 (302) bezüglich Verordnung; BVerwG 7 S. 54 (58), 6 S. 247 (249); BayVerfGH 1 S. 81 (91), 11 S. 1 (9), 9 S. 158 (175);

7) MAUNZ Staatsrecht S. 66, v.MANGOLDT-KLEIN Art. 20 Anm. VI 2 S. 601;

Ob der abstrakte Rechtsstaatsbegriff wesensmäßig die Möglichkeit der Anrufung eines sachlich und persönlich unabhängigen Gerichts beinhaltet (1), kann dahingestellt bleiben, da das Grundgesetz diesen Rechtsschutz als einen **g e r i c h t l i c h e n** Schutz ausgestaltet hat (Art. 19 Abs. 4). Darüber hinaus hat es für die Arten von Streitigkeiten, die zwischen dem einzelnen und dem Staat sowie zwischen den Bundesgliedstaaten und zwischen diesen und dem Bund entstehen können, die Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung geschaffen (2). Insoweit stellt es "das vollendete Ideal des bürgerlichen Rechtsstaats" nach C.SCHMITT dar, das in einer allgemeinen Justizförmigkeit des gesamten staatlichen Lebens gipfelt (3). Als wesentliches Merkmal des vom Grundgesetz geformten Rechtsstaates ist daher die richterliche Kontrolle der Staatstätigkeiten anzusehen (4). Der Rechtsstaatsgedanke erschöpft sich damit nicht nur in dem individuellen Rechtsschutz des einzelnen, sondern schafft auch auf der Ebene des Verfassungsrechts eine unabhängige Entscheidungsinstanz für die Streitigkeiten zwischen den obersten Staatsorganen, deren rechtmäßiges Verhalten dadurch sichergestellt werden soll.

Dabei ist hervorzuheben, daß gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit ihre Wurzel im bundesstaatlichen Aufbau findet (5) und ihr in diesem Rahmen eine besondere Aufgabe zukommt, da sie über die Aufgabenverteilung

-
- 1) verneinend MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 92, da auch frühere deutsche Staaten trotz ihrer nur lückenhaften enumerativen Aufzählung von Einzelfällen des verwaltungsgerichtlichen Schutzes als Rechtsstaaten zu bezeichnen waren;
 - 2) vgl. Art. 93 GG, Art. 19 Abs. 4 GG;
 - 3) C.SCHMITT Verfassungslehre S. 133;
 - 4) HESSE Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 563;
 - 5) SCHEUNER DVBl. 1952 S. 295;

von Bund und Ländern zu wachen hat. Die Probleme innerhalb des Bundesstaates werden daher nicht auf dem Wege über die politische Macht, sondern durch eine unabhängige richterliche Instanz als Rechtsfragen entschieden (1). Daher kann die Verfassungsgerichtsbarkeit - auch soweit sie sich auf das Bund-Länder-Verhältnis bezieht - mit Recht als die "Krönung des Rechtsstaats" (2) bezeichnet werden. Die Lösung von Rechtsfragen im bundesstaatlichen Bereich mit politischen Machtmitteln entspricht in einem Rechtsstaat nicht den Forderungen der Gegenwart (3).

§ 22

7. Der allgemeine Gleichheitssatz als Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung

a) Begriffsbestimmung des Gleichheitssatzes

Zur Begriffsbestimmung des Gleichheitssatzes wird notwendigerweise mehr als ein Objekt vorausgesetzt, da die Gleichheit stets nur das Verhältnis von verschiedenen Bezugsobjekten zueinander bestimmen kann (4).

1) WINTRICH-LECHNER Grundrechte Bd. 3 III/2 S. 649;

2) MERKL VVDStRL Bd. 5 S. 102 (Aussprache). Gegen eine Einbeziehung der gesamten Verfassungsgerichtsbarkeit unter den Gesichtspunkt des Rechtsstaatsgedankens SCHEUNER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 500, da bundesstaatliche und innerstaatliche Streitigkeiten in "andere verfassungsrechtliche Vorstellungskreise" gehören. Der Schutz des einzelnen ist nach HESSE Grundzüge S. 80 ebenfalls nicht alleinige Aufgabe des umfassenden gerichtlichen Rechtsschutzes, sondern auch die Bindung der staatlichen Gewalt an Verfassung und Gesetz. Diese Auffassung kommt dem hier vertretenen Ergebnis zumindestens sehr nahe.

3) LEIBHOLZ Strukturprobleme S. 182;

4) vgl. C. SCHMITT Verfassungslehre S. 154 f, C. HESSE AöR 77 S. 172;

Daraus erklärt sich, daß unter dem Gleichheitsbegriff stets nur eine verhältnismäßige Gleichheit zu verstehen ist (1) und es eine "absolute" Gleichheit nicht geben kann (2).

In der realen Wirklichkeit existieren keine, in jedem Punkt gleichen Objekte (3). Sie können daher nie in ihrer Gesamtheit aufeinander bezogen werden, sondern nur hinsichtlich bestimmter, einzelner Eigenschaften. Daher kann nur in bezug auf diese Einzelpunkte von einer Gleichheit zwischen zwei Objekten gesprochen werden (4). Das Gleichheitsurteil gründet sich dann darauf, ob die in Einzelpunkten festgestellten Übereinstimmungen ausreichen, um zwischen den beiden Bezugspunkten insgesamt die Aussage zu treffen, daß sie gleich seien (5).

Die eigentliche Problematik des Gleichheitsbegriffs liegt in der Auswahl der einzelnen Elemente, die für die Bestimmung der Gleichheit bedeutsam sein sollen

-
- 1) vgl. LEIBHOLZ Gleichheit S. 45;
 - 2) HESSE a.a.O. S. 173;
 - 3) Der Satz des Art. 3 Abs. 1 GG, daß alle Menschen gleich seien, ist nach GEIGER Festschrift Hochschule Speyer S. 171 eine offenbare Übertreibung, da sich nicht zwei Menschen finden werden, die sich in jedem Betracht gleichen.
Die Aussage des Art. 3 GG geht demnach dahin, die tatsächlich gegebenen Unterschiede für die Behandlung unbeachtet zu lassen (insbes. Abs. 2 und 3). So hält es ARNDT Festschrift Leibholz Bd. 2 S. 179 ff (182) für die elementarste Entscheidung des Gleichheitssatzes, daß der Staatsgewalt unter allen Umständen versagt ist, darüber zu befinden, wer Mensch ist. "Den in Art. 3 Abs. 3 GG beispielhaft aufgezählten Merkmalen wird nicht Wert zugesprochen, sondern jeder Wert für die Frage, ob einer Mensch ist, abgesprochen."
 - 4) LEIBHOLZ Gleichheit S. 47 spricht daher vom erkenntnistheoretischen Standpunkt aus nur von einer "relativen Gleichheit der tatsächlichen Voraussetzungen".
 - 5) vgl. BVerfG 13 S. 202, 9 S. 10;

oder nicht. Dies ist eine Wertungsfrage (1), in die bereits die Rechtsordnung eingreifen kann, indem sie bestimmte Bezugspunkte für relevant oder irrelevant erklärt (2). In diesem Bereich liegt die eigentliche materiale Bedeutung des Gleichheitssatzes, während die formale Seite, das Gebot der Gleichbehandlung wesentlich gleicher Tatbestände, erst dann eingreift, wenn eine Gleichheit oder Ungleichheit tatsächlich festgestellt ist. Die formale Seite gibt aber keine Abgrenzungskriterien für die Bestimmung, ob etwas gleich ist oder nicht. Daher ist es notwendig, nach Kriterien zu suchen, die eine Bestimmung der wesentlichen Gleichheit oder Ungleichheit treffen können. Die Rechtsprechung und weite Teile des Schrifttums greifen dabei auf naturrechtliche Prinzipien wie die Natur der Sache zurück. Es wird verlangt, daß die Differenzierung der Bezugselemente der "Natur der Sache" entsprechen müsse, nicht "sachfremd" (3) sein dürfe, auf sachlichen oder sachgerechten Erwägungen (4) beruhen müsse, "vernünftig" (5), "sachlich einleuchtend (6) oder vertretbar" (7) sein müßte.

Die Bewertung der Bezugspunkte, die zu dem Urteil führen sollen, ob etwas gleich oder ungleich ist, hat daher mit dem eigentlichen Gleichheits g e b o t nichts

1) HESSE AöR 77 S. 174;

2) In diesem Sinn ist auch Art. 3 Abs. 3 GG zu deuten, der Einzelmerkmale wie Geschlecht, Rasse, Sprache usw. als für die Bestimmung der Gleichheit der Menschen unwesentlich ausschließt.

3) BVerfG 17 S. 131;

4) BVerfG 1 S. 427, 11 S. 254, 14 S. 51/52;

5) BVerfG 4 S. 39, 12 S. 367, 13 S. 362, 18 S. 46;

6) BVerfG 3 S. 196, 4 S. 355, 8 S. 182, 14 S. 238, 17 S. 330;

7) BVerfG 17 S. 130, 17 S. 203;

zu tun, da dieses nur an den so festgestellten Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge knüpft.

In gleicher Weise wird auf einen anderen überpositiven Satz bei der Bestimmung der Gleichheit Bezug genommen, wenn die Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung an einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise zu messen ist (1).

Die eben genannten Prinzipien für die Bestimmung der Gleichheit bilden den Kern des Willkürverbots. Willkürlich handelt jemand, wenn sachliche Gründe für seine Tätigkeit schlechterdings nicht erkennbar sind (2). Das Willkürverbot hat daher seinen Platz in der Frage, ob etwas gleich oder ungleich ist. Hier verbietet es, unsachliche, unvernünftige, der Natur der Sache widersprechende Bezugspunkte für die Bestimmung der Gleichheit oder Ungleichheit heranzuziehen (3).

b) Der Gleichheitssatz als Gebot der Gerechtigkeit
Erst wenn die Antwort auf die Frage nach der Gleichheit zweier Objekte gefunden worden ist, kommt das allgemei-

1) vgl. BVerfG 1 S. 276, 4 S. 219, 6 S. 70, 9 S. 146, 13 S. 362, 14 S. 238, 17 S. 330, 18 S. 46;

2) LAUNZ Staatsrecht S. 122. Zum Gleichheitssatz als Willkürverbot oder als Chancengleichheit vgl. neuerdings SCHOLLER (Interpretation des Gleichheitssatzes). Die von SCHOLLER vorgebrachten Bedenken gegen eine Auslegung des Gleichheitssatzes als bloßes Willkürverbot (vgl. S. 34, 36-50) und die Unterstreichung der Chancengleichheit (vgl. S. 51 ff) mögen für den von ihm angesprochenen Grundrechtsbereich zutreffen. Uns geht es aber hier gerade um die Herauslösung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus den Grundrechten und den Nachweis seiner Allgemeingültigkeit. Auf dieser breiteren Basis muß der auf den einzelnen zugeschnittene Gedanke der Chancengleichheit in den Hintergrund treten.

3) Zur Verbindung der verschiedenen naturrechtlichen Inhaltsbestimmungen des Gleichheitsgebots vgl. HARNISCHFEGER Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts S. 20 ff;

ne Gleichheitsgebot als Rechtssatz zum Zuge, der nach der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts verlangt, wesentlich gleiche Tatbestände gleich und wesentlich ungleiche Tatbestände ungleich zu behandeln (1).

Diese Forderung geht im Grunde auf das Gebot der Gerechtigkeit zurück, die ihrerseits nicht frei von Einflüssen des Rechtsgefühls ist, da die ungleiche Behandlung als ungerecht empfunden wird. "Denn hier tritt die enge Wechselbeziehung von Gleichheit und Gerechtigkeit in Erscheinung, die sich äußert in dem ersten Satz des Rechtsgefühls, dem fundamentalsten aller Rechtssätze: Gleiche Fälle trifft gleiche Regel" (2). Der allgemeine Gleichheitssatz ist daher eine elementare Forderung der Gerechtigkeit (3). Er gehört folglich auch zum unabdingbaren Bestandteil jeder staatlichen Ordnung, die einem der Gerechtigkeit verhafteten Rechtsbegriff dienen will (4). Er ist mit der allgemeinen Forderung an das Recht, Gerechtigkeit zu schaffen (5), verbunden.

In dem Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln, liegt nicht nur eine inhaltslose Formel (6), sondern sie schafft materiale Richtlinien, die bestimmte Lösungen als mit der Gerechtigkeit in Widerspruch stehend ausschalten. Auf diese Weise wird der allgemeine Gleichheitssatz zunächst zu einer negativen Schranke, die

-
- 1) vgl. BVerfG 1 S. 275/276, 2 S. 119/120, 12 S. 248; vgl. auch LAUKZ Staatsrecht S. 121, LEIBHOLZ Gleichheit S. 72 ff, HESSE Grundzüge S. 163/164;
 - 2) HESSE aOR 77 S. 205 unter Hinweis auf Max RÜNELIN Rechtsgefühl S. 13;
 - 3) vgl. v.MANGOLDT-KLEIN Art. 3 Anm. II 4 a, HAMANN GG Art. 3 B 1, BVerfG 1 S. 233;
 - 4) F.WERNER Tendenzen S. 7;
 - 5) HENKEL Rechtsphilosophie S. 299 ff spricht von "Aufgegebenheit des Rechts";
 - 6) vgl. GEIGER Festschrift Hochschule Speyer S. 168 f;

eine Behandlung von Rechtsfragen in einer bestimmten Weise verbietet (1). Darüber hinaus kann er aber auch die Lösung eines Problems in einer bestimmten Weise gebieten, nämlich dann, wenn zu einem bereits geregelten, anderen Sachverhalt kein sachlich begründeter Unterschied besteht. In diesem umfassenderen Sinn wird der allgemeine Gleichheitssatz zum Verbot einer "willkürlichen Handhabung des an die Adresse von Rechtssubjekten gerichteten Rechts durch den Gesetzgeber und die Vollziehung" (2).

Hier liegt auch die Verbindungslinie zwischen dem Gleichheitssatz und dem Rechtsstaat. Der Rechtsstaat will das Gegenteil des Macht- und Willkürstaates sein (3). Die notwendige Koppelung von Gleichheitssatz und Rechtsstaat folgt bereits aus dem Gedanken der Gerechtigkeit. Wenn der Gleichheitssatz die elementarste Regel der Gerechtigkeit darstellt (4), dann kann ein der Gerechtigkeit verhafteter Staat (5) ohne diesen Rechtssatz nicht gedacht werden. Dabei ist es nur von theoretischer Bedeutung, ob man das Gleichheitsgebot aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitet oder den Gleichheitssatz zu einer rechtsstaatlichen Forderung erhebt. Auf jeden Fall gehört der allgemeine Gleichheitssatz

-
- 1) vgl. HENKEL Rechtsphilosophie S. 309;
 - 2) LEIBHOLZ Gleichheit S. 87;
 - 3) vgl. ALBRECHT Staatslexikon Bd. 6 Sp. 686;
 - 4) vgl. oben S. 146; BINDER Philosophie des Rechts S.369;
 - 5) vgl. BVerfG 25 S. 290, 1 S. 276, 3 S. 135. Der Entscheidung Bd. 3 S. 225 ff (240) läßt sich sogar entnehmen, daß das BVerfG den Rechtsstaat als Konkretisierung des Gleichheitssatzes begreift (arg.Art.28 Abs. 1 GG). Bd. 9 S. 146, 15 S. 201 f. An anderer Stelle wird in negativer Weise die Verbindung des Gleichheitssatzes mit dem Rechtsstaatsprinzip aufgezeigt: Der Herbeiführung der r a d i k a l e n Gleichheit stehe das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes im Wege (BVerfG 15 S. 204/205, Hervorhebung nur hier).

zum Bestandteil der rechtsstaatlichen Rechtsordnung (1) (2).

c) Keine Beschränkung des Gleichheitssatzes auf die Grundrechte

Dem allgemeinen Gleichheitssatz kommt überpositiver Charakter zu. Dies gestattet, ihn aus dem Katalog der Grundrechte herauszulösen und ihn als das gesamte Recht beherrschend anzusehen. Er ist eine Grundsatznorm der gesamten Rechtsordnung und kann daher nicht nur als Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat verstanden werden, sondern in ihm kommt, wie auch in einigen anderen Grundrechten, eine objektive Rechtsnorm eines Wertsystems zum Ausdruck, das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die Bereiche des Rechts Geltung beansprucht (3). Der Individualgleichheitsgedanke, wie er in Art. 3 Abs. 1 GG formuliert ist, stellt lediglich die grundrechtliche Komponente des allgemeinen Gleichheitssatzes dar (4).

-
- 1) Das BVerfG hat in neuerer Zeit den allgemeinen Gleichheitssatz als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz bezeichnet, der "schon aus dem Wesen des Rechtsstaats, dem Prinzip der allgemeinen Gerechtigkeit folgt". BVerfG 21 S. 372 und 25 S. 24;
 - 2) In Zusammenhang mit den Rechtsstaaten sehen den allgemeinen Gleichheitssatz: HESSE AöR 77 S. 213 ff, ders. Grundzüge S. 807, ABENDROTH Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 124/125, RUCK Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung S. 77, v.MANGOLDT-KLEIN Art. 3 Anm. III 4 a, C.SCHMITT Verfassungslehre S. 154, DIETZE Festschrift Leibholz Bd. 2 S. 40, KUNTZMANN-AUERT Rechtsstaat S. 8 und S. 102, LEIBHOLZ Gleichheit S. 169, 178, 189; SCHULZ-SCHÄFFER S. 164;
 - 3) vgl. BVerfG 5 S. 204 ff, 6 S. 40 f, 6 S. 72, 7 S. 204 f, 10 S. 81, 21 S. 372;
 - 4) vgl. BVerfG 3 S. 240, 6 S. 71, 9 S. 237, 12 S. 163, 13 S. 295/296;

Als allgemein gültige Grundsatznorm kann der Gleichheitssatz auch Eingang finden in jene Bereiche der Staatstätigkeit, die außerhalb des Verhältnisses Staat - Individuum liegen. Soweit sich innerhalb des Staates verschiedene öffentlich-rechtliche oder staatliche Rechtssubjekte gegenüberstehen, ist daher eine Anwendung des Gleichheitssatzes nicht ausgeschlossen, sondern sogar geboten.

Auf die Frage der Grundrechtsfähigkeit der juristischen Person des öffentlichen Rechts kommt es dabei nicht an, da der allgemeine Gleichheitssatz auch außerhalb der Grundrechte gilt. Daher konnte das Bundesverfassungsgericht den Gleichheitssatz auch für die Beziehungen innerhalb des hoheitlichen Staatsaufbaus als gültig ansehen (1). Was auf die öffentlich-rechtlichen Körperschaften zutrifft, muß im Bundesstaat auch für die Gliedstaaten gelten. Es ist kein einleuchtender Grund ersichtlich, warum nicht auch die Länder in ihrem Verhältnis untereinander sowie im Verhältnis zum Bund nach den Geboten des allgemeinen Gleichheitssatzes zu behandeln sind (2). Das impliziert weder eine - nicht notwendige - Grundrechtsfähigkeit der Gliedstaaten oder des Bundes noch besagt dies, daß sich die öffentlichen Gewaltsträger im Verhältnis zum Bürger auf den Gleichheitssatz oder ein sonstiges Grundrecht berufen können (3).

Die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes innerhalb des

1) vgl. BVerfG 21 S. 372;

2) vgl. HARNISCHFEGGER Rechtsprechung des BVerfG S. 217/218; s. auch MAUNZ-DÜRIG Art. 19 Abs. 3 Rdz. 32, wonach der Gleichheitssatz als objektives Gerechtigkeitsprinzip selbstverständlich wie in jedem Rechtsverhältnis auch zwischen Bund und Ländern gilt.

3) Andererseits ist es den Ländern nicht verwehrt, sich gegenüber dem Bund auf Art. 5 GG zu berufen! vgl. BVerfG 12 S. 259 und 13 S. 80;

hoheitlichen Staatsaufbaus entbehrt auch nicht einer inneren Rechtfertigung. Es wäre unverständlich, wenn ein fundamentales Rechtsgebot, wie es der Gleichheitssatz formuliert, nur in Teilbereichen - wenn auch wesentlichen - des Staatslebens eine Wirkung entfalten könnte. Dies wäre der Fall, wenn man den Gleichheitssatz streng als Abwehrgrundrecht des einzelnen gegen den Staat betrachtet und den Rechtssubjekten des Staats- und öffentlichen Rechts wegen fehlender Grundrechtsfähigkeit die Berufung darauf in ihrem Verhältnis untereinander verweigern würde.

Ein Staatswesen, das zwar sein Handeln gegenüber dem Individuum am Gleichheitssatz ausrichtet, gleichzeitig aber in seinem "Innenbereich" - sozusagen in seinem eigenen Haus - einer willkürlichen Herrschaft die Tür öffnete, würde unglaublich. Ein solches Verhalten könnte schließlich auch nicht ohne Rückwirkungen auf das Verhältnis des Staates zum einzelnen bleiben.

Daher läßt sich für den Bereich des Bundesstaates die Forderung aufstellen, daß Bund und Länder in ihren Beziehungen zueinander den Geboten des Gleichheitssatzes unterworfen sind.

Um Mißverständnissen vorzubeugen sei darauf hingewiesen, daß damit nicht behauptet werden soll, Bund und Länder seien in jeder Beziehung gleich. Eine solche Aussage trifft der allgemeine Gleichheitssatz nicht. Er verlangt nur die Gleichbehandlung, soweit eine Gleichheit der Sachverhalte vorliegt. Daher unterliegen Bund und Länder dem Gleichheitssatz auch nur insoweit sie tatsächlich gleich sind.

Z w e i t e s K a p i t e l

Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip

Durch das Bekenntnis des Grundgesetzes zum Rechtsstaat wird die gesamte staatliche Machtausübung den Erfordernissen der Rechtsstaatlichkeit unterstellt. Auch der bundesstaatliche Aufbau steht in enger Beziehung zum Rechtsstaatsgedanken. Daher liegt es nicht fern, diese Idee auch für das Bund-Länder-Verhältnis und insbesondere für die Bundestreue fruchtbar zu machen. Könnte die Bundestreue ihre dogmatische Verankerung nicht in dem Gebot finden, daß Bund und Länder ihr Verhalten zueinander nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zu gestalten haben, wobei die rechtsstaatlichen Kautelen wie Bestimmtheit, Erforderlichkeit und Meßbarkeit staatlichen Handelns auch an den Besonderheiten des bundesstaatlichen Aufbaus zu orientieren sind ?

Um den Nachweis dieser These zu führen, wird man zwei Faktoren zu berücksichtigen haben. Einmal wird bewiesen werden müssen, daß die Anwendung rechtsstaatlicher Grundsätze im Bund-Länder-Verhältnis überhaupt möglich ist und der Art dieser Beziehungen nicht widerspricht. Zum anderen müssen die rechtsstaatlichen Grundsätze im Verhältnis von Bundesstaat und Gliedstaat geeignet sein, um zur Konfliktlösung herangezogen werden zu können, so wie die Bundestreue überwiegend als ein Instrument verstanden wird, zwischen Bund und Ländern einen Ausgleich in ihren unterschiedlichen Interessenlagen herbeizuführen.

§ 23

I. Ausscheidung der für das Bund-Länder-Verhältnis irrelevanten rechtsstaatlichen Forderungen

1. Die Grundrechte

Es ist verständlich, daß nicht alle Einzelforderungen, die aus dem Rechtsstaatsgedanken gezogen werden, in das Bund-Länder-Verhältnis übertragen werden können. So sind die aus diesem Prinzip abgeleiteten Freiheitsrechte des einzelnen (1) für die bundesstaatlichen Beziehungen irrelevant.

Eine andere Frage ist die nach eventuellen Grundrechten der Gliedstaaten im Verhältnis zum Bundesstaat und umgekehrt. Hier scheint eine Inanspruchnahme von Grundrechten durch den Einzelstaat unter Berufung auf Art. 19 Abs. 3 GG zumindest nicht völlig abwegig (2). Damit würde aber das Rechtsstaatsprinzip überspannt werden. Es verlangt lediglich die Gewährung von Grundrechten für den einzelnen, nicht aber für den Staat. Die Grundrechte als Abwehransprüche gegen staatliches Handeln passen auch schwerlich in das Bundesstaatssystem. Während sie als subjektiv-öffentliche Rechte ausgestaltet sind, liegt im Bundesstaat ein "System institutioneller Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten" (3) vor.

Die in diesem Zusammenhang auftauchende Frage, ob zwischen den Gliedstaaten und dem Bundesstaat der Gleichheitssatz Anwendung finden kann (4), ist oben gesondert behandelt worden (5). Es sei lediglich

1) vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 65, MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 70;

2) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 19 Abs. 3 Rdz. 32;

3) MAUNZ-DÜRIG a.a.O., vgl. auch EHMKE VVDStRL 20 S. 90;

4) vgl. hierzu MAUNZ-DÜRIG Art. 19 Abs. 3 Rdz. 32;

5) vgl. oben S. 148 ff;

daran erinnert, daß dieses Problem auch losgelöst von der Frage nach den Grundrechten betrachtet werden kann, da sich das Gleichbehandlungsgebot als Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung darstellt und auf diese Weise Eingang in die Bund-Länder-Beziehungen finden kann, so daß es auf die Grundrechtsfähigkeit von Bund und Ländern nicht ankommt.

Dies enthebt uns aber nicht der Aufgabe, die grundsätzliche Anwendbarkeit rechtsstaatlicher Prinzipien im Bund-Länder-Verhältnis zu diskutieren.

2. Das formelle Gesetz

Für das Bund-Länder-Verhältnis auszuscheiden sind aus den rechtsstaatlichen Einzelforderungen diejenigen, die an die demokratische Legitimation des formellen Gesetzes gestellt werden, soweit sich das Gesetz ausschließlich an den Staatsbürger wendet.

Das durch ein Gesetz zwischen Bürger und Staat begründete Rechtsverhältnis ist für die Bund-Länder-Beziehungen ebenso irrelevant wie die Grundrechte des einzelnen. Aussagen über den bundesstaatlichen Aufbau lassen sich daraus nicht ableiten.

Eine ganz andere Frage ist die nach der Zuständigkeit für den Erlass eines bestimmten Gesetzes; sie muß im Verhältnis von Bund und Ländern entschieden werden. Insoweit ist es denkbar, daß für die Auslegung des Zuständigkeitskataloges des Grundgesetzes rechtsstaatliche Kautelen zur Anwendung kommen können.

3. Gerichtlicher Rechtsschutz des einzelnen

Gleichfalls unbedeutend für die Frage der Rechtsstaatlichkeit im Bundesstaatsverhältnis ist die Forderung nach einem justizförmigen Rechtsschutz des einzelnen durch sachlich und persönlich unabhängige Richter, die

in der Verfassungsgerichtsbarkeit des Grundgesetzes ihre letzte rechtsstaatliche Ausformung gefunden hat. (1)

Demgegenüber muß aber die Frage des Rechtsschutzes von Bund und Ländern in ihren Streitigkeiten, für die eine Anrufung des Bundesverfassungsgerichts vorgesehen ist (Art. 93 Abs. 2 bis 4 GG), in diesen Themenkreis miteinbezogen werden, weil die gesamte Verfassungsgerichtsbarkeit, also auch soweit sie das Bund-Länder-Verhältnis betrifft, als Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips aufzufassen ist (2).

II. Die grundsätzliche Anwendbarkeit rechtsstaatlicher Prinzipien im Bund-Länder-Verhältnis

Wenn man die Frage nach der Anwendbarkeit rechtsstaatlicher Grundsätze im Verhältnis von Bund und Ländern stellt, so wird man von der gegebenen Verfassungslage ausgehen müssen, um festzustellen, ob das Grundgesetz nicht bereits eine Entscheidung für oder gegen das Rechtsstaatsprinzip in den Bund-Länder-Beziehungen getroffen hat.

Da sich in der gesamten Verfassung kein positiver Satz findet, der rechtsstaatliche Grundsätze zwischen den Staaten im Bundesstaat ausschließt, kann sich die Untersuchung zunächst darauf beschränken festzustellen, inwieweit etwa das Grundgesetz rechtsstaatliche Kautelen für anwendbar hält. Sollten sich einzelne Normen nachweisen lassen, die das Bund-Länder-Verhältnis in das Rechtsstaatsprinzip oder dessen Ausformungen einbeziehen, so wird dann zu untersuchen sein, ob eine allgemeine Geltung hieraus abzuleiten ist und in welchem Verhältnis hierzu die Bundestreue steht.

1) vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 66;

2) vgl. oben S. 142; a.A. SCHEUNER, vgl. oben S. 142;

§ 24

1. Die Regelung der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis des Bundes

Die entscheidende Frage jedes Bundesstaates ist die nach der Kompetenzabgrenzung zwischen dem Bund und den Gliedstaaten (1).

Das Grundgesetz stellt in Art. 30 eine Generalklausel für die Zuständigkeitsverteilung auf; danach fällt die Ausübung staatlicher Gewalt den Ländern zu, wenn das GG selbst keine andere Regelung trifft oder zuläßt.

Für die Gesetzgebung wird dieser Grundsatz in Art. 70 GG wiederholt; sodann folgt die Einteilung der Bundesgesetzgebung als ausschließliche, konkurrierende und Rahmengesetzgebung (Art. 71, 72, 75), denen jeweils ein Katalog bestimmter Materien zugeordnet ist.

Während sowohl die ausschließlichen Bundes- als auch Landesgesetzgebungskompetenzen starr und unverrückbar - außer über den Weg einer Verfassungsänderung in den Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG - festliegen, ist für den weiten Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis des Bundes (Art. 74 GG) und für die Rahmengesetzgebung eine Beweglichkeit gegeben, da die Länder für die betreffende Materie zuständig sind, solange der Bund von seiner Befugnis noch nicht abschließend Gebrauch gemacht hat. Um aber eine bestimmte Materie regeln zu können, müssen bestimmte, in Art. 72 Abs. 2 GG aufgezählte Bedingungen erfüllt sein. Bei der Behandlung des Subsidiaritätsprinzips wurde bereits festgestellt, daß den Ziff. 1 und 2 des Art. 72 Abs. 2 GG eine praktische Bedeutung kaum zukommt (2).

1) vgl. NAWIASKY Bundesstaat S. 21 f;

2) vgl. oben S.76f; LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 78 entnimmt auch den Nrn. 1 und 2 den Erforderlichkeitsgedanken, jedoch mit unterschiedlichen Intensitätsgraden.

Die Untersuchung kann sich daher auf Ziff. 3 beschränken, in der ein Bedürfnis nach einer bundesgesetzlichen Regelung bejaht wird, wenn die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, insbesondere die Wahrung der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse dies erfordert.

Bei einer Betrachtung dieser Vorschrift unter dem Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit hat sich bereits ergeben, daß es sich bei den einzelnen Tatbestandsmerkmalen nicht um bloße Ermessensbegriffe handelt, dem Bundesgesetzgeber daher kein "gesetzgeberisches Ermessen" zukommt (1), sondern um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Ausfüllung bedürftig und fähig sind.

Aber der Rechtsstaatsgedanke fordert nicht nur die richterliche Nachprüfung der Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 Nr. 3, sondern man wird darüber hinaus verlangen können, daß die einzelnen Tatbestandsmerkmale selbst nach rechtsstaatlichen Kriterien ausgelegt werden müssen. MAUNZ zieht aus dem Umstand, daß Art. 72 Abs. 2 GG nicht eindeutig einen Ermessensspielraum gewähre, den Schluß, daß diese Vorschrift nicht als lex specialis zum Rechtsstaatsgrundsatz des Art. 20 GG angesehen werden dürfte, sondern daß umgekehrt gerade dieses Prinzip zur Interpretation des Art. 72 Abs. 2 herangezogen werden müsse (2)

Hierfür spricht auch der Wortlaut des Artikels, der Ausdrücke wie "Bedürfnis" und "erfordert" enthält, welche die rechtsstaatliche Wurzel erkennen lassen, denn die Erforderlichkeit einer Maßnahme wird im verwaltungsrechtlichen Bereich stets als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung angesehen (3). Sie ist im Zusammenhang

1) vgl. oben S. 128 f;

2) MAUNZ-DÜRIG Art. 72 Rdz. 15;

3) vgl. WOLFF Verwaltungsrecht Bd. I S. 137;

mit dem rechtsstaatlichen Gebot nach der Meßbarkeit und Voraussehbarkeit staatlicher Machtäußerung zu sehen (1).

So faßt auch ISENSEE (2) die Formulierung "erfordert" in Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG als ein Übermaßverbot auf. Während das Bundesverfassungsgericht dem Übermaßgedanken mit seinen beiden Komponenten der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit bei den Grundrechten eine erhebliche Bedeutung beigelegt habe (3), sei ihm "in den Bund-Länder-Bestimmungen die vergleichbare Effizienz versagt geblieben" (4).

Durch die Inanspruchnahme einer konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis erfolgt eine erlaubte Beeinträchtigung der Landerstaatsgewalt, da die Regelung der Materie bis zu diesem Zeitpunkt eine Angelegenheit der Länder ist (Art. 72 Abs. 1 i.V.m. Art. 70 und 30 GG). Der Bund beseitigt durch den Erlass des Bundesgesetzes die bis dahin bestehende Länderkompetenz; dem Land wird ein Teil seiner Staatsgewalt, über eine bestimmte Materie Regelungen zu treffen, genommen. Daher liegt ein Eingriff in Rechte der Länder vor, wenn der Bund gemäß Art. 72 Abs. 2 Zuständigkeiten an sich zieht. Die Legitimation hierzu ergibt sich aus den Nrn. 1 bis 3, wo der Grundsatz der Erforderlichkeit direkt angesprochen ist (Nr. 3) und der das gesetzgeberische Ermessen beschränkt.

Aus alledem kann nur gefolgert werden, daß der Bundesgesetzgeber nicht nur allgemein rechtsstaatlichen Beschränkungen hinsichtlich des Inhalts eines Gesetzes

-
- 1) vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 65;
 - 2) ISENSEE Subsidiaritätsprinzip S. 230, LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 78;
 - 3) vgl. hierzu auch die Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 2 GG des BGH in BGHSt 4 S. 376 f., 4 S. 385 (392) und DÖV 1955 S. 729 ff;
 - 4) ISENSEE a.a.O.;

unterworfen ist, sondern Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG darüber hinaus eine an rechtsstaatlichen Erfordernissen ausgerichtete Schranke für die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis aufstellt.

Hierbei wird man zwei verschiedene Stufen der Prüfung unterscheiden müssen.

Zunächst muß das rechtsstaatliche Gebot der Geeignetheit bejaht werden. Das vom Bund in Aussicht genommene Gesetz muß in der Lage sein, die angestrebte Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse über die Grenzen eines Bundeslandes hinaus herbeizuführen; sollte es bereits daran fehlen, so wäre ein dennoch ergehendes Bundesgesetz verfassungswidrig, weil es gegen den Grundsatz der Zwecktauglichkeit (1) verstößt und dem Bund folglich keine Kompetenz für die Regelung dieser Materie zukommt.

Wird die Vorfrage der Geeignetheit bejaht, so ist der Inhalt des Gesetzes an den Maßstäben des Übermaßverbots zu messen.

Dabei ist an Hand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu entscheiden, ob die in Aussicht genommene Regelung im Verhältnis zum gesteckten Ziel angemessen ist. Und schließlich muß nach dem Gedanken der Erforderlichkeit geprüft werden, ob die bundesrechtliche Regelung den geringsten Eingriff in die Länderkompetenzen darstellt (2).

1) Bezeichnung nach LERCHE S. 76 im Gegensatz zu dem Begriff der Zweckmäßigkeit;

2) Zu den verschiedenen Kontrollstufen vgl. LERCHE S. 343 ff;

2. Die Gemeinschaftsaufgaben

Dem Gedanken der Erforderlichkeit begegnet man auch in dem neu ins Grundgesetz aufgenommenen Begriff der "Gemeinschaftsaufgaben" (Art. 91 a GG). Hier ist sogar in der Legaldefinition die rechtsstaatliche Schranke der Erforderlichkeit enthalten. Aufgaben der Länder, die für die Gesamtheit bedeutsam sind und bei deren Erfüllung die Mitwirkung des Bundes zur Verbesserung der Lebensverhältnisse **e r f o r d e r l i c h** ist, gelten als Gemeinschaftsaufgaben.

Zutreffend weist TIEMANN (1) auf die gedankliche Verbindung zu Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG hin, wo das Eingreifen des Bundesgesetzgebers gleichfalls von der Erforderlichkeit der Wahrung einheitlicher Lebensverhältnisse abhängig gemacht wird.

Damit wird an einer zentralen Stelle des Grundgesetzes für das Bund-Länder-Verhältnis die Geltung rechtsstaatlicher Prinzipien bejaht.

Dies gilt auch im Notstandsfall. Wenn Art. 115 c Abs. 1 GG dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis auch über ausschließliche Landesmaterien zuweist, so kann er nur unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 ff davon Gebrauch machen (2), auch wenn dieser Beschränkung eine praktische Bedeutung kaum zukommen dürfte (3).

Gerade die Notstandsverfassung scheint bemüht, Eingriffe des Bundes in die Länderhoheit unter rechtsstaatliche Kautelen zu stellen. So fällt besonders die Beschränkung des Bundes durch den Grundsatz der

-
- 1) TIEMANN Gemeinschaftsaufgaben Diss. S. 253;
 - 2) vgl. HERZOG in MAUNZ-DÜRIG Art. 115 c Rdz. 18;
 - 3) Die Bedenken gegen die Regelung des Art. 115 c Abs. 1 GG, die sich aus Art. 79 Abs. 3 GG ergeben, sollen hier außer acht gelassen werden.

Erforderlichkeit bei dem Einsatz des Bundesgrenzschutzes im gesamten Bundesgebiet und bei der Weisungsbefugnis gegenüber den Landesregierungen und -behörden auf (Art. 115 f Abs. 1 GG).

3. Die Bundesaufsicht

a) Erforderlichkeitsschranke bei Annexregelungen

Bei der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder als eigene Angelegenheiten steht ihnen auch grundsätzlich die Regelung des Verwaltungsverfahrens und der Behördeneinrichtung zu. Das Bundesgesetz kann jedoch mit Zustimmung des Bundesrates etwas anderes bestimmen (Art. 84 Abs. 1 GG).

Da der Großteil der Bundesgesetze durch die Länder als eigene Angelegenheit ausgeführt wird, kommt dieser Bestimmung in der Praxis erhebliche Bedeutung zu. Es handelt sich in erster Linie um eine Norm, die das Bund-Länder-Verhältnis betrifft, und nicht um eine umfassende Regelung der Frage nach der Organisationsgewalt (1).

Dem bloßen Wortlaut zufolge ist ein Eingriff des Bundes in die den Ländern grundsätzlich zustehende Organisationsgewalt (Art. 83, 84 Abs. 1 GG) nur an die einzige Voraussetzung der Zustimmung des Bundesrates gebunden.

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundessozialhilfegesetz und zum Jugendwohlfahrtsgesetz (2) wird jedoch klar, daß dem Rechtsstaatsprinzip entspringende Grundsätze die Befugnisse des Bundes gegenüber den Ländern einschränken.

1) MAUNZ-DÜRIG Art. 84 GG Rdz. 6; zur Organisationsgewalt allg. vgl. MAUNZ-DÜRIG a.a.O. Rdz. 3 ff;

2) BVerfG 22 S. 180 ff;

Das JWG bestimmte in § 12 Abs. 1, daß die öffentliche Jugendpflege eine Selbstverwaltungsangelegenheit der Gemeinden und Gemeindeverbände sei; das BSHG sah in § 96 Abs. 1 Satz 2 die gleiche Regelung für die kreisfreien Städte und die Landkreise als Träger der Sozialhilfe vor.

Diese Bestimmungen hat das Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt (1), wobei es sich jedoch bezeichnenderweise nicht so sehr auf die von den Antragstellern (2) gegebene Begründung bezog, daß durch die angegriffenen Vorschriften in unzulässiger Weise Kommunalverfassungsrecht durch den Bund gesetzt werde (3), wofür dem Bund keine Kompetenz zukomme, sondern das Gericht hat die Verfassungswidrigkeit aus einer *i n n e r h a l b* des Art. 84 Abs. 1 GG bestehenden rechtsstaatlichen Schranke begründet.

Es führt aus, daß im Rahmen des Art. 84 Abs. 1 GG nur eine punktuelle Annexregelung zu einer zur Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gehörenden materiellen Regelung zulässig sein kann. Dies gilt aber auch nur dann, wenn eine solche Annexregelung von Landesmaterien *n o t w e n d i g* ist. "Wenn die Annexregelung für den wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmungen des Gesetzes nicht notwendig ist, so liegt darin ein unzulässiger Eingriff in die Verwaltungskompetenz der Länder"(4).

1) BVerfG a.a.O. S. 211;

2) die Länder Hessen, Hamburg, Bremen, Niedersachsen und die Städte Dortmund, Darmstadt, Frankfurt/M. Herne;

3) vgl. BVerfG 22 S. 193 und 195;

4) BVerfG 22 S. 210; ähnlich MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 25, wo der Bedürfnisgedanke des Art. 72 Abs. 2 GG herangezogen wird und die Regelung von Gemeinde-recht bei sachlicher Notwendigkeit als rechtmäßig angesehen wird.

Damit wird an einer weiteren, das Bund-Länder-Verhältnis entscheidend beeinflussenden Stelle der Verfassung das dem Rechtsstaatsprinzip entspringende Gebot nach der Erforderlichkeit einer bestimmten Regelung zur Abgrenzung von Bundes- und Länderkompetenzen herangezogen.

b) Die Errichtung von Bundesoberbehörden

Angesichts dieser Entscheidung mußte auch das 1962 vom Bundesverfassungsgericht erlassene Urteil im Streit um die Errichtung des Bundesaufsichtsamts für das Kreditwesen (1) neu überdacht werden. Hier hatte das Gericht ausgeführt, daß sich aus dem Begriff der Bundesoberbehörde nicht ergebe, daß sie nur dann errichtet werden darf, wenn die vom Grundgesetz unterstellte reibungslose und vollständige Ausführung der Bundesgesetze durch die Landesverwaltung nicht erreicht werden kann (2). Für die sich aus Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG ergebende Kompetenz zur Errichtung von Bundesoberbehörden bestehe eine Beschränkung nur insoweit, als dies nur für Angelegenheiten möglich ist, für die der Bund die Gesetzgebungsbefugnis hat (3).

Eine unterschiedliche Behandlung der Fragenkomplexe des Art. 84 Abs. 1 - wo das Gericht die Erforderlichkeit eines Eingriffs in die Landeskompetenz voraussetzt - und des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 scheint nicht gerechtfertigt, weil die Bundesoberbehörden gleichfalls in die Landeskompetenzen eingreifen können, da

1) BVerfG 14 S. 197 ff;

2) BVerfG a.a.O. S. 212, ebenso wird die Anwendbarkeit des Art. 72 Abs. 2 GG (Bedürfnis!) verneint, vgl. S. 214 f;

3) BVerfG a.a.O. S. 210; die an dieser Stelle vom BVerfG gemachte weitere Einschränkung, daß auf Grund Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG keine Mittel- und Unterbehörden errichtet werden dürfen, folgt schon aus dem Begriff "Oberbehörde" und dem Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG;

insoweit ein eigener Verwaltungsraum des Bundes entsteht, der für Landesbehörden keinen Raum mehr läßt (1). Aus der systematischen Stellung des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 innerhalb der Vorschriften über die bundeseigene Verwaltung kann ebensowenig etwas abgeleitet werden, da sich die Befugnis zur Errichtung von Bundesoberbehörden auf alle Materien erstreckt, für die der Bund die Gesetzgebungskompetenz hat (2) und nicht auf die in Art. 87 Abs. 1 und 2 GG aufgezählten Sachgebiete beschränkt ist. Daher ist auch für die Errichtung von Bundesoberbehörden eine sich aus der rechtsstaatlichen Forderung nach der Erforderlichkeit einer bestimmten staatlichen Maßnahme ergebende Begrenzung der Bundeskompetenz gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG gerechtfertigt (3).

Obwohl das Bundesverfassungsgericht die rechtsstaatliche Schranke der Erforderlichkeit für Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG ablehnt (4), bekennt es sich in der gleichen Entscheidung zu einer anderen, aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Beschränkung der Bundeskompetenz, der Geeignetheit. Es sieht hier eine Grenze der Verwaltungsinitiative des Bundes, "als sich nur bestimmte Sachaufgaben zur zentralen Erledigung eignen" (5). Daraus folgt, daß die Errichtung von Bundesbehörden gemäß Art. 87 Abs. 3 GG (6) (also sowohl Bundesober- als auch Bundesmittel- und -unterbehörden) dann unzulässig ist, wenn dies kein geeignetes Mittel

1) MAUNZ-DÜRIG Art. 87 Rdz. 51;

2) Die Stellung des Art. 87 Abs. 3 Nr. 1 GG wird dadurch gerechtfertigt, daß die kompetenzgemäß errichtete Oberbehörde bundeseigene Verwaltung ist.

3) vgl. auch KALKBRENNER JZ 1963 S. 211 f, KRATZER BayVBl. 1961 S. 373;

4) BVerfG 14 S. 197 ff;

5) BVerfG 14 S. 211;

6) vgl. BVerfG a.a.O.;

zur Erreichung einer zentralen Verwaltung darstellt. Anders ist die Sachlage jedoch hinsichtlich der Befugnis des Bundes, bestimmte Materien der Bundesauftragsverwaltung zu unterstellen. Aus der enumerativen Aufzählung der hierfür in Betracht kommenden Sachgebiete (1) kann geschlossen werden, daß das Grundgesetz die Erforderlichkeit bereits bejaht hat. Daher liegt es im gerichtlich nicht nachprüfbaren Ermessen des Bundes, ob er die genannten Materien der Bundesauftragsverwaltung unterstellt (2).

Für die Errichtung von bundeseigenen Mittel- und Unterbehörden ist die rechtsstaatliche Beschränkung der Bundeskompetenz in Art. 87 Abs. 3 Satz 2 GG klar ausgesprochen. Diese Behörden können nur bei "dringendem Bedarf" mit Zustimmung des Bundesrates und des Bundestages errichtet werden (3), wenn dem Bund neue (Verwaltungs-) (4) Aufgaben erwachsen.

Deutlicher kann eine Bindung der Bundeskompetenz an das Kriterium der Erforderlichkeit kaum dargelegt werden. Auf die darüber hinaus bestehende Einschränkung auf die Geeignetheit hat das Bundesverfassungsgericht selbst hingewiesen (5).

c) Das Bundesaufsichtsverfahren im einzelnen

Das GG gibt dem Bund die Möglichkeit, die Länder bei der Ausführung von Bundesgesetzen zu beaufsichtigen.

-
- 1) vgl. Art. 87 c, 87 d, 9 Abs. 1, 108 Abs. 1 Satz 4, 108 Abs. 2, 120 a GG; für Bundesautobahnen und Bundesfernstraßen sowie für die Finanzverwaltung ist die Bundesauftragsverwaltung schon im GG (Art. 90 Abs. 2, 108 Abs. 4) festgelegt;
 - 2) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 8;
 - 3) zur Auslegung des Begriffs "dringender Bedarf" vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 87 Rdz. 62;
 - 4) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 87 Rdz. 61;
 - 5) vgl. oben S. 163;

Im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 GG) kommt der Bundesregierung gemäß Abs. 4 die Fachaufsicht (1) zu, während sie im Bereich der Ausführung von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheiten der Länder (Art. 84 GG) die Rechtsaufsicht ausübt (Art. 84 Abs. 3 und 4 GG). Eine "allgemeine Bundesaufsicht", wie sie während des Kaiserreichs (2) und der Weimarer Republik (3) - in Anschluß an die Terminologie TRIEPELS (4) "selbständige Reichsaufsicht" genannt - gehandhabt wurde, besteht unter dem Grundgesetz nicht (5).

Es muß nicht hervorgehoben werden, daß der abhängigen Bundesaufsicht in den Bund-Länder-Beziehungen eine erhebliche Bedeutung zukommt, da dem Bund der Eingriff in den Landesbereich ermöglicht wird.

Betrachtet man zunächst die Aufsicht beim Vollzug von Bundesgesetzen als eigene Angelegenheit der Länder, so kann man stufenweise, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Eingriffsrechte des Bundes feststellen.

Gemäß Art. 84 Abs. 3 GG ist es der Bundesregierung zunächst gestattet, Beauftragte zu den obersten Landesbehörden zu entsenden. Dem Beauftragten kommt ledig-

-
- 1) MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 44 wählen zur besseren Unterscheidung von der kommunalen Fachaufsicht den Ausdruck "Dienstaufsicht"; ebenso SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN Art. 84 Rdz. 13;
 - 2) vgl. Art. 4 a RV, TRIEPEL Reichsaufsicht S. 436 m. w.N. Anm. 2;
 - 3) vgl. Art. 15 WRV, FROWEIN S. 27;
 - 4) TRIEPEL Reichsaufsicht S. 370 f;
 - 5) h.M.; vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 239, MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 43, BVerfG 8 S. 131, SCHÄFER AöR 87 S. 7 f, FROWEIN S. 39, soweit die unabhängige Bundesaufsicht aus Art. 84 GG begründet wird; SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN Art. 84 Rdz. 14/15; a.A. wohl nur BULLINGER AöR 83 S. 303 und ihm folgend BAYER Bundesstreue S. 92; FROWEIN S. 40 ff, der sie aus Art. 37 GG begründet, vgl. dazu unten S. 262 ff;

lich die Aufgabe zu, den landeseigenen Gesetzesvollzug zu beobachten, wobei er Akten einsehen, Zeugen vernehmen und eigene Untersuchungen anstellen kann (1). Auch ohne Entsendung eines Beauftragten wird der Bundesregierung das Recht zugestanden, selbst die gewünschten Auskünfte von der Landesregierung zu erhalten (2). In jedem Fall gilt aber, daß weder dem Beauftragten noch der Bundesregierung selbst im Bereich der beobachtenden Bundesaufsicht ein Weisungsrecht gegenüber den Landesbehörden zukommt (3). Ein direkter Eingriff in die Landesverwaltung ist auf dieser Stufe der Bundesaufsicht nicht möglich. Sie stellt gleichsam das verhältnismäßig mildeste Mittel dar, die Bundesaufsicht auszuüben.

Eine gewisse Steigerung der Einflußmöglichkeiten des Bundes auf die Länder ist mit dem Mängelrügerecht gegeben. Stellt die Bundesregierung oder ihr Beauftragter Mängel bei der Ausführung von Bundesgesetzen fest, so steht dem Bund das Recht der "Mängelrüge" (4) zu. Sie wird ausgesprochen vom Bundesrat, der ein Organ des Bundes ist (5), auf Antrag der Bundesregierung (Art. 84 Abs. 4 GG).

1) vgl. SCHÄFER AöR 78 S. 22/23, MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 59;

2) SCHÄFER AöR 78 S. 23;

3) vgl. SCHÄTER a.a.O. S. 23, MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 59; anders dann, wenn im Gesetz bereits gem. Art. 84 Abs. 5 ein Weisungsrecht verankert ist.

4) Die Bezeichnung ist dem Zivilrecht (§ 478 BGB bzw. § 377 HGB) entnommen und von TRIEPEL Reichsaufsicht S. 646 in den verfassungsrechtlichen Bereich übernommen worden.

5) ganz h.M., vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 50 Rdz. 5, SCUPIN BK Art. 50 Anm. II 1, v.MANGOLDT-KLEIN Art. 50 Vorb. III 2 d, MAUNZ Staatsrecht S. 335, BVerfG 8 S. 104 (120), HATMANN art. 50 Erl. II/5; a.A. v.MANGOLDT-KLEIN Kommentar Art. 50 Anm. 2, wonach der Bundesrat gleichzeitig Organ der Länder sein soll.

Voraussetzung hierfür ist, daß die Mängel vom Land selbst nicht schon beseitigt worden sind, da sonst das gesamte Verfahren des Art. 84 Abs. 4 GG sinnlos wäre (1).

Gegen den Beschluß des Bundesrates kann dann das Bundesverfassungsgericht angerufen werden (Art. 84 Abs. 4 Satz 2).

Bemerkenswert auf dieser zweiten Stufe der Bundesaufsicht ist die Tatsache, daß auch hier dem Bund noch kein direktes Eingriffsrecht in die Landesverwaltung zusteht (2). Die Mängelrüge ist zwar gegenüber der bloßen beobachtenden Aufsicht ein stärkeres - insbesondere auch politisches - Mittel in den Bund-Länder-Beziehungen, aber das Land kann auch nach diesem Verfahren noch selbst darüber entscheiden, ob es der Beanstandung folgt oder eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts herbeiführt (3).

Erst wenn die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorliegt und darin die Auffassung des Bundes (4) bestätigt wird, kann der Bund auch gegen den Willen des Landes vorgehen (5).

-
- 1) Über die Verpflichtung des Landes, die Mängel von allein zu beseitigen, vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 62 und MAUNZ Lehrbuch S. 239, SCHÄFER AöR 78 S. 30 f;
 - 2) Die Bundesaufsicht gestattet nur eine Einwirkung auf "den Willen der Länder", EVLERS BK Art. 37 Rdz. 8;
 - 3) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 67. Unternimmt das Land gar nichts, so wird dem Bund die Anwendung des Bundeszwangs möglich. MAUNZ-DÜRIG a.a.O.;
 - 4) Parteien in diesem Streit sind nicht Bundes- und Landesregierung, sondern der Bund und das Land, arg. § 68 BVerfGG;
 - 5) Die rechtliche Verpflichtung des Landes, selbst die Mängel abzustellen, folgt aus § 31 Abs. 1 BVerfGG;

Hierfür steht dem Bund als schärfste Waffe der Bundeszwang gem. Art. 37 GG zu. Sein Einsatz wird jedoch nur dann möglich sein, wenn das Bundesverfassungsgericht nicht selbst gemäß seiner weiten Begriffsfassung vom Vollstreckungsgegenstand im Verfassungsrecht (1) Vollstreckungsanordnungen getroffen hat (§ 35 BVerfGG) oder sich das Land solchen Anordnungen widersetzt.

Erst auf dieser letzten Stufe des Aufsichtsverfahrens bei der Ausführung von Bundesgesetzen als eigene An gelegenheiten der Länder kommt dem Bund ein unmittelbares Eingriffsrecht in die Landesverwaltung zu.

Die unmittelbare Anwendung des Bundeszwangs bei Rechtsverletzungen durch die Länder im Rahmen der Ausführung von Bundesgesetzen gem. Art. 84 GG ohne Einhaltung der gem. Art. 84 Abs. 3 und 4 gegebenen Aufsichts mittel muß als grundsätzlich unzulässig angesehen werden, da Art. 84 als *lex specialis* dem Art. 37 GG vorgeht (2).

Die Einschränkung "grundsätzlich" ist erforderlich, da Fälle vorstellbar sind, in denen durch das rechtswidrige Verhalten eines Landes eine notstandsähnliche Situation entsteht, die eine Anwendung des Bundeszwangs sofort erforderlich macht. Da aber sowohl bei der Bundesaufsicht als auch beim Bundeszwang der Bundesrat in das Verfahren eingeschaltet werden muß, ihm auch im Verfahren nach Art. 37 GG ein Prüfungsrecht hinsichtlich der Voraussetzungen für die Anwendung des

1) "Inbegriff aller Maßnahmen, die erforderlich sind, um solche Tatsachen zu schaffen, wie sie zur Verwirklichung des vom BVerfG gefundenen Rechts notwendig sind". BVerfG 6 S. 303 f unter Bezugnahme auf ARNDT DVBl. 1952 S. 3; a.A. LECHNER § 35 BVerfGG Anm. 1, der feststellende Urteile nicht für vollstreckungsfähig hält.

2) SCHÄFER AöR 78 S. 43: Ein Nebeneinander beider Mittel besteht nicht; a.A. DUX S. 127 ff;

Bundeszwangs zusteht (1), hat die Einschränkung bei einer Notstandssituation nur die Bedeutung, daß eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht abgewartet werden muß. Hinzu kommt die Tatsache, daß auch bei der Bundesaufsicht nicht in jedem Fall ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts vorliegen muß, um Zwangsmaßnahmen des Bundes zu ermöglichen (2), wenn etwa das betroffene Land weder die vom Bundesrat beanstandeten Maßnahmen beseitigt noch das Gericht anruft.

Damit haben wir in der Regelung der Bundesaufsicht ein stufenweises, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geregeltes Verfahren zum Eingriff des Bundes in Länderbereiche, das grundsätzlich immer zunächst die Wahl des mildesten Mittels verlangt, das von der bloßen Beobachtung über die Mängelrüge bis zum Bundeszwang geht.

Die Einschaltung des Bundesverfassungsgerichts selbst muß aus zwei Gründen bei Wertung der Eingriffsmittel außer Betracht bleiben.

Zunächst stellt die Anrufung gem. Art. 84 Abs. 4 Satz 2 GG kein Eingriffsmittel der Bundesregierung gegenüber dem Land dar, denn soweit der Bundesrat die Rechtsverletzung durch das Land feststellt, kommt nur diesem ein Klagerecht zu, da es allein beschwert ist (3).

Außerdem wird man aus der Stellung des Bundesverfassungsgerichts schließen müssen, daß es nicht zu denjenigen Mitteln gezählt werden kann, durch die der

1) DUX S. 126, EVERS BK Art. 37 Rdz. 46, MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 40; a.A. v. KANGOLDT-KLEIN Art. 37 IV 6 a: beim Verfahren gem. Art. 84 Abs. 4 Satz 2 hat er die Tatbestandsfeststellung allein zu treffen;

2) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 30;

3) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 69;

Bund in Länderhoheiten eingreift. Zwar ist das Bundesverfassungsgericht Bundesorgan, steht aber neben den anderen Verfassungsorganen als sachlich und personell unabhängiges Gericht und ist daher in keiner Weise anderen Bundes- oder auch Länderorganen unterworfen.

d) Die Regelung des Art. 91 GG

Art. 91 Abs. 2 GG regelt die Befugnis der Bundesregierung, in einer notstandsähnlichen Situation zur Bekämpfung einer Gefahr in einem Bundesland die Polizei des Landes und die Polizeikräfte anderer Länder ihren Weisungen zu unterstellen und Einheiten des Bundesgrenzschutzes einzusetzen (1). Im Zusammenhang mit Abs. 1 kann diese Verfassungsnorm, die das Bund-Länder-Verhältnis regelt, als ein Musterbeispiel für die Anwendung rechtsstaatlicher Forderungen im Verfassungsrecht angesehen werden.

Hier sind drei Stufen zu unterscheiden:

a) Bei Gefahr in einem Bundesland hat dieses zunächst selbst die Aufgabe, die Gefährdung oder Störung zu beseitigen (2).

b) Sieht es sich hierzu allein nicht in der Lage, so kann und muß (3) es die Polizeikräfte eines anderen Bundeslandes anfordern (Art. 91 Abs. 1 GG). In diesem Fall wird dem angerufenen Land ein Prüfungsrecht eingeräumt, ob die Anforderung seiner Polizeikräfte nicht unbegründet ist, weil eine Gefahrenlage offensichtlich

1) letzte Möglichkeit wurde erst im Zusammenhang mit der sog. Notstandsverfassung vom 24. Juni 1968 (BGBl. 1968 I S. 709) geschaffen;

2) vgl. MAUNZ-DURIG Art. 91 Rdz. 4;

3) Auf diese Verpflichtung weist ausdrücklich MAUNZ-DURIG Art. 91 Rdz. 17 hin, ebenso v. MANGOLDT Kommentar Art. 91 Anm. 3;

nicht vorliegt (1). Damit hat es das Land in der Hand zu entscheiden, ob der Einsatz seiner Polizeikräfte erforderlich wird.

c) Ist das bedrohte Land nicht bereit oder nicht in der Lage - auch nicht im Zusammenwirken mit anderen Bundesländern -, der Gefährdung zu begegnen, so kann die Bundesregierung gem. Art. 91 Abs. 2 GG vorgehen und die Polizeikräfte in diesem Land und in anderen Ländern ihren Weisungen unterstellen und den Bundesgrenzschutz einsetzen.

Erst auf dieser dritten Stufe, die einen höheren Grad der innerstaatlichen Gefährdung darstellt, wird ein Eingreifen des Bundes gegenüber den Ländern möglich.

Reichen die Polizeikräfte der Länder und der Bundesgrenzschutz nicht aus, der Lage Herr zu werden, so sieht der im Rahmen der Notstandsverfassung geänderte Art. 87 a GG ein beschränktes Eingriffsrecht der Streitkräfte vor.

Auf dieser gleichsam höchsten Stufe der innerstaatlichen Gefährdung können Bundeswehreinheiten zur U n t e r s t ü t z u n g von Polizei und Bundesgrenzschutz eingesetzt werden. Dabei sind den Streitkräften jedoch nur zwei Aufgaben zugewiesen: Schutz ziviler Objekte und Bekämpfung von organisierten, militärisch bewaffneten Aufständischen (Art. 87 a Abs. 4 GG).

Zur Verdeutlichung sei darauf hingewiesen, daß die Befugnisse des Bundes gem. Art. 91 Abs. 2 und 87 a Abs. 4 GG nicht als ein gegen die Länder gerichteter Zwangsakt zu verstehen sind, wie sie etwa bei der Anwendung des Bundeszwangs möglich sind. Die unmittelbare An-

1) vgl. v.MANGOLDT Kommentar Art. 91 Anm. 3, weitergehend MAUNZ-DÜRIG Art. 91 Rdz. 20, wo das Prüfungsrecht nicht nur auf die Frage der offensichtlichen Gefahr beschränkt wird.

griffsrichtung geht gegen den außerhalb des Verfassungsaufbaus stehenden Störer (1). Eine Beeinträchtigung der Landeshoheit liegt jedoch darin, daß den betroffenen Ländern die Verfügungsgewalt über ihre Polizeikräfte entzogen wird.

Aus dem Aufbau des Art. 91 GG wird eine nach den Maßstäben der Erforderlichkeit, an der jeweiligen Gefahrenlage orientierte Zuständigkeitsordnung zwischen Bund und Ländern deutlich. Ebenso unterliegen die verschiedenen Eingriffsmittel des Bundes (Art. 91 Abs. 2 und Art. 87 a Abs. 4 GG) dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Abgerundet wird dieses Bild durch Art. 91 Abs. 2 Satz 2, wonach die Anordnungen der Bundesregierung nach der Beseitigung der Gefahr aufzuheben sind, weil in diesem Moment ihre Erforderlichkeit weggefallen ist (2).

e) Finanzverfassung

Im Rahmen der Finanzverfassung läßt sich ebenfalls ein Beispiel aufzeigen, in dem das Bund-Länder-Verhältnis an den rechtsstaatlichen Maximen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit orientiert wird. Hierbei handelt es sich nicht um Zuständigkeitsregelungen, sondern um den Maßstab für die Verteilung des Steueraufkommens zwischen Bund und Ländern, also die Ertrags-hoheit.

Die Bedeutung der Verteilung von öffentlichen Mitteln auf Bund und Länder steht für die Funktionsfähigkeit des Bundesstaates außer jedem Zweifel (3), was nicht

-
- 1) so ausdrücklich DUX S. 134 im Anschluß an HECKEL AöR n.F. 22 S. 257 ff (269);
 - 2) Der Gedanke der begrenzten Geltungsdauer ist ein Ausfluß des Erforderlichkeitsprinzips; dies betont LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 308;
 - 3) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 106 Rdz. 1 ff;

zuletzt belegt wird durch die jahrelange Diskussion über die Finanzreform, die schließlich 1969 zu einer Umgestaltung der verfassungsrechtlichen Vorschriften geführt hat.

Daher ist besonders bemerkenswert, daß die Änderung der Verteilung der Einkommen- und Körperschaftssteuer zwischen Bund und Ländern von rechtsstaatlichen Prinzipien abhängig gemacht wird. Art. 106 Abs. IV GG läßt eine Änderung des Verteilungsschlüssels durch zustimmungsbedürftiges Bundesgesetz zu, wenn sich das Verhältnis zwischen den Einnahmen und Ausgaben der Länder zu den Einnahmen und Ausgaben des Bundes so unterschiedlich entwickelt, daß in der Haushaltswirtschaft von Bund oder Ländern ein erheblicher Fehlbedarf entsteht, daß eine Änderung der Ertragshoheit "geboten ist".

Durch diese Regelung werden Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit in eigenartiger Weise miteinander verknüpft. Man wird auch hier mehrere Stufen unterscheiden müssen, die im Endergebnis den Weg für eine Änderung des Verteilerschlüssels öffnen.

Zunächst wird eine unterschiedliche Entwicklung der Einnahmen und Ausgaben bei Bund und Ländern verlangt, die zu einer Verschiebung des ursprünglichen Verhältnisses führt (1). Dieses neue Verhältnis von Bundes- und Ländereinnahmen und -ausgaben muß dann zu einem Fehlbedarf in einer der beiden Haushaltswirtschaften führen, was eine "Diskrepanz zwischen den mit den vorhandenen Mitteln erfüllbaren und den objektiv erfüllungsbedürftigen Aufgaben" bedeutet (2).

Diese zweite Voraussetzung für sich allein genügt jedoch auch noch nicht, um durch Bundesgesetz den Ver-

1) zur Berechnung dieses Verhältnisses vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 106 Rdz. 42;

2) MAUNZ-DÜRIG Art. 106 Rdz. 45;

teilerschlüssel zu ändern. Der Fehlbestand muß so erheblich sein, daß die Berichtigung geboten ist. In rechtsstaatlichen Begriffen ausgedrückt heißt dies wohl, daß die Berichtigung "erforderlich" sein muß.

Damit schält sich für Art. 106 Abs. IV GG als zentraler Bestimmung im bundesstaatlichen Finanzverfassungsrecht eine an rechtsstaatlichen Maximen ausgerichtete Möglichkeit zur Veränderung des Steueranteils von Bund und Ländern heraus. Eigenartigerweise ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hier nicht erst auf den Inhalt des neuen Gesetzes bezogen, sondern bereits auf die Voraussetzungen für dessen Möglichkeit (1). Es ist einleuchtend, daß diesem Grundsatz damit auch eine andere Bedeutung zukommt. Während er üblicherweise den Umfang von Eingriffen in Rechte steuert, ist er hier mit in die Voraussetzungen für den Eingriff selbst eingebettet und mit der Erforderlichkeit verbunden.

f) Der Bundeszwang

aa) Zulässigkeitsbegrenzung

Durch Art. 37 GG wird dem Bund gegenüber den Ländern ein Mittel in die Hand gegeben, die Erfüllung von Bundespflichten zu erzwingen. Dieses Rechtsinstitut wird für den Bundesstaat als immanent angesehen (2), da es zu seiner Sicherung und Aufrechterhaltung dient (3). Es handelt sich um eine dem Notstandsrecht sehr verwandte Rechtsnorm, wenn man nicht überhaupt Art. 37 GG

1) insoweit liegt eine Parallele zu der nach Art. 72 Abs. 2 GG entwickelten Erforderlichkeitsschranke vor.

2) vgl. USTERI S. 313, FROWEIN S. 43; a.A. KELSEN Festschrift Fleiner S. 187, der sie für eine "verdammungswürdige, primitive Rechtstechnik" hält.

3) MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 14;

als Teil der Notstandsverfassung betrachten will (1). Wegen der Intention des Art. 37, den Ausnahmefall zu regeln, scheint es auch bereits im Ansatz verkehrt, daraus ein auf das alltägliche Verfassungsleben bezogenes selbständiges Aufsichtsrecht des Bundes zu begründen (2).

Hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen für die Anwendung des Bundeszwangs nennt das Grundgesetz lediglich die Verletzung von Bundespflichten durch die Länder. Dennoch kann nicht jede geringfügige Pflichtverletzung der Länder den Bundeszwang rechtfertigen. Dies würde dem Ausnahmecharakter dieser verfassungsrechtlichen Möglichkeit, in den Länderbereich einzugreifen, widersprechen. Es muß wenigstens eine konkrete Gefährdung der bundesstaatlichen Ordnung vorliegen (3).

Insoweit besteht ein sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ableitbares, rechtliches Verbot, den Bundeszwang bei geringfügigen Anlässen anzuwenden (4). Allerdings wird man die Schranke der Verhältnismäßigkeit bei der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Bundes-

-
- 1) vgl. PFEIFFER DÖV 1949 S. 265 "ultima ratio", SCHMIDT AöR 87 S. 291, MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 10, DUX S. 43, ZINN AöR 75 S. 304, NEUNREITHER S. 92, gegen die Auffassung der Notstandsregelung v. MANGOLDT-KLEIN Art. 37 Anm. II 4, jedoch ohne Begründung;
 - 2) so aber FROWEIN S. 40 ff, ähnlich LECHNER BayBgm. 1949 S. 171, SCHÄFER DVBl. 1961 S. 603 unter Aufgabe seiner gegenteiligen Ansicht in AöR 78 S. 7; gegen FROWEIN EVERS BK Art. 37 Rdz. 7, DUX S. 41 ff, MAUNZ-DÜRIG Art. 87 Rdz. 8, wo zwar dem Bund ein "allgemeines Beobachtungsrecht" zugebilligt wird, ihm aber keine selbständigen Aufsichtsmittel zustehen sollen.
 - 3) vgl. DUX S. 43 m.w.N.;
 - 4) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 31 und v. MANGOLDT-KLEIN Art. 37 Anm. II 3 c, wo der Schwere der Pflichtverletzung zumindest in der Praxis Bedeutung zugemessen wird; EVERS BK Art. 37 Rdz. 70;

zwangs (1) nicht allzu hoch setzen dürfen. Auch aus weniger bedeutenden Pflichtverletzungen können objektive Gefahren für den Bundesstaat erwachsen. Daher erscheint der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auch in weit stärkerer Ausprägung bei der Bestimmung der anzuwendenden Bundeszwangs m i t t e l .

bb) Mittelbegrenzung

Hier herrscht weitgehend Einigkeit, daß die Zwangsmittel entsprechend rechtsstaatlichen Grundsätzen einzusetzen sind. Soweit manchmal auf polizeirechtliche Generalklauseln verwiesen wird (2), haben wir bereits oben gesehen, daß diese ihrerseits nur ein Ausfluß des Rechtsstaatsgedankens sind.

Anhaltspunkte für die nach rechtsstaatlichen Kautelen einzusetzenden Bundeszwangsmittel gibt die Formulierung des Art. 37 Abs. 1 GG selbst, wonach die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats über die "notwendigen Maßnahmen" gegen das Land entscheidet (3).

-
- 1) hinsichtlich der Frage, "ob" der Bundeszwang überhaupt zulässig ist.
 - 2) z.B. MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 47 und 37;
 - 3) zu den möglichen Zwangsmaßnahmen des Bundes werden gezählt: Erteilung von Weisungen (Art. 37 Abs. 2 GG), wirtschaftlicher und finanzieller Druck, vorübergehende Weigerung der Erfüllung von Bundesaufgaben, Ersatzvornahme der vom Land unterlassenen Handlung, Sequestration der obersten Staatsorgane, Einsatz von Polizeikräften gem. Art. 91 Abs. 2 GG und des Bundesgrenzschutzes; vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 55, EVERS BK Art. 37 Rdz. 54-65;

Dagegen ist seit der 1968 geltenden Notstandsverfassung klargestellt, daß im Fall des inneren Notstands, wozu Art. 37 gehören kann, der Einsatz der Bundeswehr gegen ein Land nur zum Schutz ziviler Objekte und zur Bekämpfung organisierter und militärisch bewaffneter Aufständiger möglich ist (Art. 87 a Abs. 4 GG). Darüber hinaus setzt der Einsatz der Streitkräfte den vorherigen Einsatz von Polizeitruppen und Bundesgrenzschutz voraus; insoweit sind die Ausführungen von EVERS BK Art. 37 Rdz. 65 und MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 49, sowie v.MANGOLDT-KLEIN Art. 37 Anm. IV 5 b teilweise überholt.

Daraus wird geschlossen, daß alle Bundeszwangsmittel den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit unterliegen (1).

Daher dürfen die Zwangsmittel nur soweit gehen, daß das Bundesland zur Erfüllung der verletzten Bundespflichten angehalten wird. "Vermeidbare und somit nicht erforderliche Eingriffe in die Eigenstaatlichkeit des betroffenen Landes und in die föderale Struktur sind unzulässig" (2). Daraus folgt auch, daß der Bund immer nur das mildeste Mittel anwenden darf, das zum Erfolg führen kann. Man wird verlangen können, daß der Bund die Anwendung des Bundeszwangs dem Land ankündigt, wenn diese Ankündigung allein bereits nach der Sachlage erwarten läßt, daß das Land seine Bundespflicht erfüllt. Andererseits kann vom Bund nicht gefordert werden, daß er stets zuerst das mildeste aller möglichen Mittel einsetzt und erst dann zu einem größeren Zwangsmittel greifen darf, wenn das vorhergehende versagt hat (3). Dies läßt sich auch aus rechtsstaatlichen Überlegungen nicht ableiten; das Prinzip der Erforderlichkeit verlangt nicht die Wahl des innerhalb der möglichen zur Verfügung stehenden Mittel schwächsten Eingriffsmittels, sondern nur die des angemessenen Mittels. Daher kann der Bund sich bei entsprechender Gefahrenlage sofort zu einem solch durchgreifenden Vorgehen entschließen, wie etwa die Sequestration der obersten Landesorgane (4), wenn dies der einzig erfolgversprechende Weg ist.

-
- 1) EVERS BK Art. 37 Rdz. 68, MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 47 und 53, v.MANGOLDT-KLEIN Art. 37 Anm. IV 5 c, HAMANN Art. 37 Abs. 1 C 4, SCHÄFER AöR 78 S. 45, 48, ZINN AöR 75 S. 304; a.A. NAWIASKY Grundgedanken zum GG S. 71, der allein Zweckmäßigkeitserwägungen genügen läßt.
 - 2) EVERS a.a.O. Rdz. 69;
 - 3) EVERS bezeichnet dieses Vorgehen als "behutsame Eskalation", BK Art. 37 Rdz. 69;
 - 4) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 37 Rdz. 55 und EVERS BK Art. 37 Rdz. 59 zu Einzelfragen.

Für die nach Art. 37 Abs. 2 GG zu den Landesbehörden entsandten Bundesbeauftragten gilt die Beschränkung ihrer Weisungsbefugnis durch das Übermaßverbot in gleicher Weise wie für die Bundesregierung selbst (1). Ihnen können keine weitergehenden Befugnisse als der Bundesregierung zukommen.

4. Die Erweiterung des Anwendungsbereichs rechtsstaatlicher Prinzipien im Bund-Länder-Verhältnis

Aus den vorstehenden Erörterungen wird sichtbar, daß das Verhältnis von Bund und Ländern bereits durch das Grundgesetz in großen Bereichen dem rechtsstaatlichen Übermaßverbot unterstellt wird. Damit ist eine der oben genannten Voraussetzungen für die Geltung des Rechtsstaatsprinzips auch im Bundesstaatsverhältnis erfüllt. Das Grundgesetz schließt seine Anwendung im föderalen Bereich nicht grundsätzlich aus, sondern gebietet in konkreten Einzelbestimmungen, wozu Art. 72 Abs. 2, 84 Abs. 1, 84 Abs. 3 und 4, Art. 87 Abs. 3, Art. 91 Abs. 2, Art. 37 GG zu zählen sind, auch im Bund-Länder-Verhältnis rechtsstaatliche Kautelen anzuwenden. Damit ist ein erster Anhaltspunkt für die Gültigkeit des in Art. 20 Abs. 3 GG aufgestellten Rechtsstaatsgebots auch zwischen den Staaten des Bundesstaates gegeben.

Dieses Gebot ist aber nicht nur auf die genannten Einzelbestimmungen zu beschränken, sondern es scheint der Ausweitung auf größere Bereiche der Bund-Länder-Beziehungen zugänglich zu sein. Voraussetzung hierfür ist die Geeignetheit im weiten föderalen Bereich.

Erklärtes Ziel des Rechtsstaatsgedankens ist der Schutz des einzelnen Staatsbürgers vor staatlichem (Über-) Machtmißbrauch (2). Oben haben wir bei der Erörterung

1) EVERS BK Art. 37 Rdz. 80;

2) vgl. oben S. 119;

der verschiedenen Legitimationen des Bundesstaates (1) abgelehnt, aus dem - ebenfalls rechtsstaatlich motivierten (2) - Gewaltenteilungsprinzip Rückschlüsse auf das Bund-Länder-Verhältnis zu ziehen. Der Grund hierfür war in erster Linie die Tatsache, daß sich der Gewaltenteilungsgrundsatz in formellen organisationsrechtlichen Regeln erschöpft, die keine Aussage über materiellrechtliche Beziehungen im bundesstaatlichen Gefüge machen können. Dies trifft aber auf das rechtsstaatlich begründete Übermaßverbot, die Grundsätze der Bestimmtheit und Geeignetheit nicht mehr zu. Wiewohl LERCHE immer wieder den formalen Charakter des Übermaßverbots betont (3), läßt sich nicht bestreiten, daß diesen Grundsätzen konkrete Maßstäbe für die Beziehungen im Bundesstaat auch außerhalb organisationsrechtlicher Normen entnommen werden können, was beim Gewaltenteilungsgrundsatz nicht der Fall ist.

Es ist gerade der formale Charakter dieser rechtsstaatlichen Grundsätze, der ihre Anwendung in weiten Bereichen des Verfassungsrechts ermöglicht, weil sie von der jeweiligen Sachfrage abgelöste Gesichtspunkte anbieten, die für die Entscheidung herangezogen werden können (4).

Schon hier wird man daher die grundsätzliche Anwendbarkeit rechtsstaatlichen Gedankenguts in den Bund-Länder-Beziehungen bejahen können, wobei den Grundsätzen der Geeignetheit, Bestimmtheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit als rechtsstaatlichen Anforderungen an das staatliche Handeln besonderes Gewicht zukommt.

1) vgl. S. 63 ff;

2) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 79 ff;

3) LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 58, 81, 96;

4) vgl. LERCHE a.a.O. S. 81;

§ 25

III. Verbindungslinien zwischen der Bundestreue und rechtsstaatlichen Forderungen

1. Äußerungen in der Literatur

Kehren wir nunmehr zu unserer Ausgangsfrage nach der Begründung der Bundestreue zurück und suchen nach den Verbindungslinien zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und der Bundestreue, nachdem sich gezeigt hat, daß rechtsstaatliche Anforderungen auch im Bund-Länderverhältnis Geltung haben. Vorsichtig bringt LERCHE zum Ausdruck, daß hier eine Brücke besteht, daß das ungeschriebene Prinzip vom bundestreuen Verhalten des Bundes und der Länder "dem Gerüst dieser Normengruppe (1) nicht fernsteht" und "daher den Grundsätzen des Übermaßverbots nicht von vornherein entzogen" ist (2).

In die gleiche Richtung zielen verschiedene Aussagen der Lehre, die zum Teil soweit gehen, den Rechtssatz der Bundestreue ganz zu leugnen oder ihn zumindest teilweise als überflüssig ansehen.

SPANNER hält es nicht für unbedingt notwendig, wenn das Bundesverfassungsgericht im Streit über die Verteilung von Wohnungsbaumitteln (3) das bundesstaatliche Prinzip und den ihm entsprechenden Grundsatz der Bundestreue bemüht, um die Zustimmung aller Länder für die Gelderverteilung zu begründen. "Für die Begründung der Unwirksamkeit eines etwaigen unsachlichen Einspruchs eines Landes braucht er nicht unbedingt herangezogen zu werden,

1) d.h. Übermaßverbot;

2) LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 160;

3) BVerfG 1 S. 299 (315);

da insofern allgemeine Erwägungen über den Rechtsmißbrauch genügen mögen" (1).

Noch weiter geht die Ansicht HESSEs (2), der zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bemerkt, das Gericht habe o h n e N o t w e n d i g - k e i t (3) den ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz der Bundestreue den geschriebenen und den gesicherten ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen hinzugefügt, denn soweit es um die Einhaltung der geschriebenen Verfassung geht, folge dies bereits unmittelbar aus der geltenden Verfassungsordnung. "Soweit die Zulässigkeit und Art der Ausnutzung von Zuständigkeiten durch den Bund oder die Länder streitig ist, greifen die traditionellen Grundsätze über den Rechtsmißbrauch oder - etwa bei der Ausübung der Bundesaufsicht - das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ein" (4).

Der gleichen Ansicht folgt FUSS (5); in keiner einzigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts habe die Notwendigkeit bestanden, auf das Prinzip der Bundestreue zurückzugreifen. "Stets hätte dasselbe Ergebnis auch unmittelbar aus der Geltung der gemeinsamen Verfassungsordnung, den Grundsätzen des Rechts- und Formenmißbrauchsverbotes sowie dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit hergeleitet werden können" (6).

1) SPANNER DÖV 1961 S. 485;

2) HESSE Unitarischer Bundesstaat S. 7 f;

3) Hervorhebung dort;

4) HESSE a.a.O. S. 7, ihm folgend SCHEUNER DÖV 1963 S. 197;

5) FUSS DÖV 1964 S. 37 ff;

6) FUSS a.a.O. S. 41 unter Bezugnahme auf HESSE, vgl. Fußn. 2; vgl. auch ZEIDLER AÖR 86 S. 399 Fußn. 106, der die Frage stellt, ob man statt der Strapazierung des bundesfreundlichen Verhaltens in allen bisher entschiedenen Fällen nicht mit dem Grundsatz des Rechtsmißbrauchs besser gefahren wäre.

Im folgenden wird diesen Auffassungen nachzugehen sein, um die Berührungspunkte zwischen rechtsstaatlichen Prinzipien und der Bundestreue im bisherigen Verständnis aufzuzeigen.

2. Parallelen zwischen Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip

a) Parallelität in der Zielsetzung - Verhinderung von Machtmißbrauch

Das Rechtsstaatsprinzip ist nicht ein Dogma um seiner selbst willen. Es soll der Verwirklichung materieller Ziele dienen. Es läßt sich auf zwei Gedankenkreise zurückführen, die auch heute noch als seine Basis gelten. Dies ist einmal das Gebot, daß auch der Herrschende, Machtausübende an Gerechtigkeit und Recht gebunden ist, also eine Unterordnung der staatlichen Macht unter das Recht verlangt wird (1). Diese Forderung kann man mit dem Stichwort des materiellen Rechtsstaats identifizieren. Zum anderen geht man von dem Bestreben nach Mäßigung und Begrenzung der politischen Macht durch institutionelle Einrichtungen, durch einen Ausgleich der staatlichen Einrichtungen unter sich aus (2). Diese zweite Komponente des Rechtsstaatsgedankens wird somit in den Dienst des materiellen Rechtsstaats gestellt. Seiner Verwirklichung dient die immer wieder genannte Forderung nach Begrenzung und Mäßigung der staatlichen Macht.

Daher kann es als Aufgabe des Rechtsstaatsprinzips bezeichnet werden, in erster Linie den Mißbrauch staatlicher Gewalt zu verhindern (3). Diesem Ziel dienen die

1) vgl. SCHEUNER Der Rechtsstaat S. 11;

2) SCHEUNER a.a.O. S. 12;

3) vgl. C.SCHMITT Verfassungslehre S. 126, SCHULZ-SCHAEFFER S. 164, WOLFF Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 64, MAUNZ Staatsrecht S. 64 in Verbindung mit der Gewaltenteilung, BVerfG 3 S. 237 f in Verbindung mit Rechtssicherheit, KRÜGER Staatslehre S. 788 hinsichtlich subjektiv-öffentlicher Rechte;

verschiedenen formalen Bestandteile des Rechtsstaats, wie die Gewaltenteilung, der Vorbehalt des Gesetzes sowie die formale und materiale Elemente umfassende Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. "Der gleiche Doppelsinn liegt in den vorwiegend materialen (Grundrechte, Verfassungsgrundsätze) und den vorwiegend formalen (Gesetzesvorbehalt, Gesetzgebungszuständigkeiten) Verfassungsbestimmungen" (1).

In dem auf Verhinderung von Machtmißbrauch ausgerichteten Ziel der Rechtsstaatlichkeit ergibt sich eine Parallele zur Bundestreue. Das Bundesverfassungsgericht setzt den Gedanken der Bundestreue in Beziehung zum Mißbrauchsverbot. Im Urteil über die Gültigkeit des nordrhein-westfälischen Besoldungsgesetzes (2) erklärt es zunächst, daß die Bundestreue eine Rechtsschranke für die Ausübung von Gesetzgebungsbefugnissen im Bundesstaat ist (3), wobei sich das Gericht auf die Überprüfung der Einhaltung äußerster Grenzen beschränken müsse. Ein Landesgesetz könne daher nur verworfen werden, wenn der Landesgesetzgeber seine Freiheit offenbar **m i ß b r a u c h t** (4) habe.

Besonders deutlich wird der Mißbrauchsgedanke vom Bundesverfassungsgericht (Bd. 1 S. 315) herangezogen, wenn es ausführt, daß es vor allem der durch die Rechtspflicht zu bundestreuem Verhalten gebotene Zwang zur Verständigung ist, der "auch der Übermacht des Gesamtstaates im Interesse der Glieder feste Grenzen zieht".

1) SCHULZ-SCHAEFFER S. 156;

2) BVerfG 4 S. 115 ff;

3) BVerfG a.a.O. S. 140;

4) BVerfG a.a.O.; Hervorhebung nur hier. Der Mißbrauchsgedanke ist auch angesprochen in BVerfG 14 S. 215. Auf die Entscheidung (BVerfG 4 S. 140 f) beruft sich auch im Konkordatsprozeß das Land Niedersachsen, vgl. Konkordatsprozeß Bd. 2 S. 421, ebenfalls WENGLER Konkordatsprozeß Bd. 3 S. 935;

Aus dieser Koppelung der Bundestreue mit dem Gedanken der Mißbrauchswehr (1) kann geschlossen werden, daß die Bundestreue im föderalen Bereich der Verhinderung von Machtmißbrauch dienen soll, indem sie Grenzen aufzeigt, deren Überschreitung einen Mißbrauch der eingeräumten Befugnisse bedeuten würde.

In ähnlicher Weise verknüpft BAYER bei der Erörterung des Treu- und Glaubensprinzips die Bundestreue mit dem Mißbrauchsgedanken. Treu und Glauben begrenzen die Ausübung der sich aus einer speziellen Norm ergebenden Rechte dort, wo die Rechtsausübung sich nicht mehr als Rechtsinhaltsverwirklichung darstellen würde. Hier handele es sich um den Fall des Rechtsmißbrauchs oder der unzulässigen Rechtsausübung. Auf die Bundestreue übertragen ergebe sich, daß sie auch als inhaltliche Bindung formeller Rechte verstanden werden kann, als eine Schranke, die dem Recht immanent ist (2). Damit wird für BAYER die Bundestreue zum "Ausdruck des Verbots der unzulässigen Rechtsanwendung" (3).

In die gleiche Richtung zielt die Meinung LERCHEs; erst in der Mißbrauchszone werde der "Bundessinn" (4) zum Rechtsbegriff; gleichwohl werde er nicht überflüssig-

1) Dabei soll nicht verkannt werden, daß das Bundesverfassungsgericht hier den Mißbrauchsgedanken als Maßstab für die Bundestreue anwendet; vereinfacht ausgedrückt läuft die Formulierung darauf hinaus, daß dann der Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens verletzt wird, wenn das Land oder der Bund rechtsmißbräuchlich handeln. Hiergegen läßt sich anführen, daß es einer Berufung auf die Bundestreue dann nicht mehr bedarf; die konkrete Maßnahme ist auch ohne diesen Umweg bereits wegen Verstoßes gegen das Mißbrauchsverbot rechtswidrig.

2) BAYER S. 64/65;

3) BAFFA S. 65;

4) vgl. zur Terminologie oben S. 4 und LERCHE VVDStRL 21 S. 88;

sig, "weil der Mißbrauchsgedanke für jede eigenständige Sachwelt der verdichtenden Zwischenformel bedarf" (1).

Somit ergibt sich eine Parallelität zwischen dem Rechtsstaatsgedanken und der Bundestreue nach herkömmlichem Verständnis, die in der gleichen Zielrichtung zu ziehen ist. Der Rechtsstaatsgedanke dient der Verhinderung von Machtmißbrauch gegenüber dem einzelnen, die Bundestreue dient der Mißbrauchswehr im föderalstaatlichen Bereich.

b) Mißbrauchsverbot und Übermaßverbot

Das Verhältnis des Mißbrauchsverbots und der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit zueinander bedarf der Verdeutlichung.

Das Mißbrauchsverbot zieht dem Recht äußerste Schranken, deren Überschreitung ein Handeln außerhalb des Rechts bedeutet. Demgegenüber schafft das Übermaßverbot erst solche Schranken innerhalb der Rechtssphäre, deren Überschreitung ebenfalls einen Rechtsmißbrauch darstellt.

Während das allgemeine Mißbrauchsverbot also von vornherein dem Recht absolute Schranken setzt, ergeben sich aus dem Übermaßverbot situationsabhängige, relative Schranken, die ein Recht im Einzelfall begrenzen (2). Die Überschreitung dieser Linie wird ebenfalls als Rechtsmißbrauch bezeichnet (3). In dieser Beziehung stellt das Übermaßverbot eine Rechts a u s ü b u n g s s c h r a n k e dar, während dem allgemeinen Mißbrauchsverbot der Charakter einer generellen R e c h t s s c h r a n k e zukommt.

1) LERCHE a.a.O. S. 89;

2) vgl. auch LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 132 f;

3) vgl. LERCHE a.a.O. S. 132;

Damit wird wiederum eine Parallele zwischen den rechtsstaatlichen Prinzipien und der Bundestreue sichtbar. Funktionell stellen sich beide als eine Rechtsausübungsschranke dar (1).

c) Keine Übertragung der allgemeinen Mißbrauchslehre auf die Bundestreue

Die Verbindung der Bundestreue mit dem Mißbrauchsverbot könnte es nahelegen, das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens unter die allgemeine Mißbrauchslehre zu fassen und in der Bundestreue nichts anderes zu sehen, als die auf das Verhältnis von Bund und Ländern übertragene allgemeine Mißbrauchslehre (2).

So sieht GALLWAS (3) in der Auffassung BAYERs von der Bundestreue, die es dem Gesamtstaat und den Gliedern gebietet, nicht eigensüchtig das Ziel eines allmählichen "Überwiegens" zu verfolgen (4), den Beweis für die Gültigkeit der allgemeinen Mißbrauchslehre im Verfassungsrecht (5).

Einer Übertragung der allgemeinen Mißbrauchslehre in den föderalen Staatsbereich stehen jedoch Hindernisse im Weg. Zunächst darf nicht übersehen werden, daß es sich hierbei um ein zivilrechtliches Institut handelt. Ausgehend von der im französischen Privatrecht veran-

-
- 1) so für die Bundestreue ausdrücklich BAYER S. 65 und 67, vgl. auch LERCHE a.a.O. S. 160 f, ebenso ARNDT Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1654, BVerfG 14 S. 215, 12 S. 255, 4 S. 140, 8 S. 138;
 - 2) noch weiter geht die Forderung einzelner Autoren, die Bundestreue zumindest teilweise durch das allgemeine Mißbrauchsverbot zu ersetzen; vgl. HESSE Unitarischer Bundesstaat S. 7 Fußn. 37, STANNER DÖV 1961 S. 485, FUSS DÖV 1964 S. 41;
 - 3) GALLWAS Mißbrauch von Grundrechten
 - 4) BAYER S. 43;
 - 5) GALLWAS a.a.O. S. 20;

kerten Lehre des "abus de droit" (1) ist seit SIEBERTS grundlegender Abhandlung "Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung" (2) auch im deutschen Recht die Auffassung zum Durchbruch gekommen, daß jedes Recht nur innerhalb gewisser Grenzen ausgeübt werden kann. Danach trägt das Recht seine Grenzen in sich (3).

Voraussetzung der gesamten Mißbrauchslehre ist die Inkongruenz von Rechtsnorm und Rechtsschein (4). Da der positiv geregelte Tatbestand des Gesetzes seinem Wortlaut nach oft weitergeht als die Tatbestände, die tatsächlich unter die Norm fallen, kann es zu einer Deckungsungleichheit von Norm und Recht kommen (5); diesen Raum bezeichnet GALLWAS anschaulich als "graue Zonen" tatbestandsmäßiger Unsicherheit (6). Dem Gesetzgeber ist es aber nicht verwehrt, durch Gesetz die Schranken des Rechts in der Weise zu bestimmen, daß es von den Umständen des Einzelfalls abhängen soll, ob eine Handlung noch vom Recht gedeckt wird (7). Im Bereich des Zivilrechts ist eine solche Norm § 242 BGB; durch sie wird nicht das soziale Sittengesetz von außen her an das Recht gebracht, sondern "es ist als konstitutiver Faktor in die Rechtsordnung aufgenom-

1) vgl. PLANIOL-RIPERT Traité Pratique Bd. 6 S. 781 ff (bes. Nr. 574);

2) Marburg 1934;

3) dies ist die Auffassung der sogen. "Innentheorie", vgl. STAUDINGER-WEBER § 242 D 24 ff m.w.N. Rdz. D 28; die "Außentheorie", nach der das Recht von äußeren Schranken begrenzt wird, wird heute kaum mehr vertreten; vgl. STAUDINGER-WEBER § 242 Rdz. 24 ff; s. auch dort die vermittelnde Ansicht von WEBER Rdz. 28;

4) SOERGEL-SIEBERT § 242;

5) vgl. GALLWAS S. 11;

6) GALLWAS S. 22;

7) vgl. SIEBERT Verwirkung S. 89, WIEACKER Recht und Staat 193/194 S. 46;

men" (1). Treu und Glauben werden damit zum wichtigsten Anwendungsfall des allgemeinen Mißbrauchsverbots (2).

Hier wird auch die Gefahr sichtbar, die eine Rückführung der Bundestreue auf das allgemeine Mißbrauchsverbot bedeuten würde. Auch wenn man die Gültigkeit von Treu und Glauben im öffentlichen Recht nicht verneinen kann (3), würde die Betrachtung des Bund-Länder-Verhältnisses unter dem Gesichtspunkt des § 242 in eine Uferlosigkeit und zur Billigkeitsentscheidung führen.

Aber nicht nur von diesem Ergebnis her sind Einwendungen gegen die Verbindung der Bundestreue mit der allgemeinen Mißbrauchslehre zu machen. Bereits vom Ansatzpunkt her könnte die Mißbrauchslehre das Bund-Länder-Verhältnis nicht in seiner Gesamtheit umfassen.

Die Mißbrauchslehre bestimmt die Grenzen s u b j e k t i v e r Rechte (4), worunter von der h.M. eine Willensmacht verstanden wird, die dem einzelnen von der Rechtsordnung verliehen wird (5).

- 1) SIEBERT a.a.O. S. 91 bezeichnet § 242 BGB als einen allgemeinen, dauernden Transformator von richtigem Recht als Idee in richtiges Recht als positives Recht.
- 2) vgl. SOERGEL-HOFF § 242 Rdz. 37, ähnlich WIEBACHER Recht und Staat 193/194 S. 34 f. Demgegenüber kommt dem Schikaneverbot, § 226 BGB, wo der Mißbrauchsgedanke direkt angesprochen wird, kaum praktische Bedeutung zu.
- 3) so aber SCHULE Verw.Arch. Bd. 38 S. 416 ff, da es sich bei § 242 BGB um "ein Stück rechtgewordener personaler Ethik" handle, ebenso BAYER S. 47 f; im Gegensatz zur h.M.: vgl. statt vieler FORSTHOFF Verwaltungsrecht S. 162 ff;
- 4) vgl. LARENZ Allg.Teil BGB S. 242 f;
- 5) vgl. LARENZ Allg.Teil BGB S. 216, ENNECCERUS-LEITNER-DEY BGB Allg.Teil 1. Halbbd. S. 428/429 zum Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts; vgl. BACHOF VVDStRL 12 S. 72 ff, G.JELLINEK System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 51, 78, 127, WOLFF Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 263 ff, BACHOF Festschrift G.Jellinek S. 287 ff (291 Fußn. 16 m.w.N.); vgl. auch die Auffassung von BUCHER Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, wonach das subjektive Recht auf der untersten Stufe in der Delegationshierarchie der Rechtserzeugung steht (S. 56) und der Wille eines Menschen nicht nur Faktum, sondern Bestandteil der Rechtsordnung ist, weil er Norminhalt sein kann (S. 59).

Dem subjektiven Recht liegt das Vorstellungsbild vom Berechtigten und Verpflichteten zugrunde; dies gilt auch für die subjektiv-öffentlichen Rechte (1), so daß sich hier kein wesensmäßiger Unterschied zum subjektiven privaten Recht ergibt.

Das subjektive Recht ist allerdings nicht gleichzusetzen mit dem "Anspruch"; dies ist nur eine bestimmte Erscheinungsform neben den Beherrschungs- und Gestaltungsrechten (2). Subjektive Rechte sind aber einem Rechtssubjekt zugeordnet, und zwar in Beziehung auf einen anderen Rechtsträger, demgegenüber sie ausgeübt werden, so z.B. auch die Grundrechte als subjektiv öffentliche Rechte des einzelnen im Verhältnis zum Staat oder im Bereich des Privatrechts das Gestaltungsrecht "Kündigung" gegenüber dem Vertragspartner.

Dieses Bild muß aber im Bundesstaat weitgehend versagen. Das Bund-Länder-Verhältnis läßt sich nicht in ein System subjektiver Rechte auflösen. Es wird überwiegend von Kompetenzen und Zuständigkeiten bestimmt (3). Kompetenzen sind aber "niemals subjektives, sondern objektives Recht" (4). Somit würde der gesamte Bereich

-
- 1) vgl. G.JELLINEK System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 42 ff (52) und 54 ff: "Im Fordern und Erlauben zeigt sich die auf andere gerichtete Funktion des subjektiven Rechts" (S. 54); ebenso BURCKHARDT Methode und System S. 228, ders. Organisation S.315, ders. Einführung S. 141;
 - 2) vgl. ENNECCERUS a.a.O. S. 429, BACHOF Festschrift Jellinek S. 293;
 - 3) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 19 Abs. 3 Rdz. 32;
 - 4) G.JELLINEK a.a.O. S. 227, vgl. auch EHMKE VVDStRL 20 S. 90, BURCKHARDT Organisation S. 315. Um so erstaunlicher ist es, wenn BAYER unter Berufung auf JELLINEK behauptet, "daß den Bundesstaat mit den Kompetenzen ein System verschiedenartiger subjektiver öffentlicher Rechte und Pflichten des Gesamtstaats und seiner Glieder überzieht" (BAYER Bundesstreue S. 61). Kompetenzausübung sei in jedem Falle auch Rechtsausübung. Die von BAYER angeführte Äußerung G.JELLINEKs (System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 86) bezieht sich ausschließlich auf das Verhältnis Staat - Individuum.

der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern von der allgemeinen Mißbrauchslehre nicht erfaßt werden. Soweit der Bund und die Länder von ihren Befugnissen Gebrauch machen, üben sie in ihrem Verhältnis zueinander keine subjektiven Rechte aus, da durch ein Landesgesetz nichts vom Bund verlangt wird, sondern vom einzelnen Staatsbürger, und umgekehrt vom Bundesgesetz nichts vom Land. Hier haben wir es mit nebeneinander stehenden Rechtskreisen zu tun (1). Innerhalb eines jeden Rechtskreises nimmt der jeweils Zuständige seine Befugnisse wahr, ohne dadurch ein Recht gegenüber dem Träger des anderen Rechtskreises auszuüben (2).

Aber gerade in erster Linie beim Gebrauchmachen von Zuständigkeiten soll die Bundestreue Bund und Ländern eine Schranke setzen (3). Diese Schranke liegt innerhalb der Zuständigkeiten von Bund und Ländern (4), während die allgemeine Mißbrauchslehre an der äußersten Grenze ihre Schranke errichtet und daher bei Kompetenzen mit der Zuständigkeitsgrenze identisch ist.

Soweit ein Kompetenzträger in den Zuständigkeitsbereich des anderen übergreift, also seine Befugnisse überschreitet, bedarf es nicht des allgemeinen Mißbrauchsverbots oder gar einer daraus abgeleiteten Bundestreupflicht, um die Rechtswidrigkeit des Übergriffs zu begründen, weil diese sich bereits aus dem Verstoß gegen die Zuständigkeitsverteilung (Verfassung) selbst

1) vgl. BVerfG 13 S. 77 f;

2) a.a. BAYER Bundestreue S. 61;

3) BVerfG 4 S. 140;

4) BVerfG a.a.O. in BVerfG 8 S. 138; Hervorhebung hier;

ergibt (1).

Es sind allerdings auch im föderalen Bereich zwischen Bund und Ländern Befugnisse vorhanden, die man als subjektive Rechte ansehen kann; dazu wären die Eingriffsrechte des Bundes in die Landesverwaltung im Wege der Bundesaufsicht (Art. 84 Abs. 3 und 4 GG) sowie der Bundeszwang (Art. 37 GG) zu zählen. Auf diese paßt das Vorstellungsbild vom Fordern und Erfüllen. Daher wäre hier eine Anwendung der Mißbrauchslehre nicht von vornherein ausgeschlossen. Eine rechtstheoretische Begründung für die Bundestreue als ein fundamentales, umfassendes, das ganze Verfassungsleben tief-

-
- 1) Am Rande soll auf eine eigenartige Konsequenz der allgemeinen Mißbrauchslehre hingewiesen werden: Die mißbräuchliche Rechtsausübung ist ein Handeln ohne Recht (vgl. SIEBERT a.a.O. S. 97). Wollte man die Kompetenzen im Bundesstaat unter den allgemeinen Mißbrauchsvorbehalt stellen im Sinne einer der Kompetenz immanenten Schranke, so würde die mißbräuchlich ausgeübte Befugnis ein Handeln ohne Kompetenz darstellen. Da es im Bundesstaat keinen kompetenzfreien Raum geben kann (Art. 30 GG), müßte die Zuständigkeit für die mißbrauchte Befugnis wechseln. Das ist bei mißbrauchten Bundeskompetenzen noch denkbar, da insoweit die allgemeine Vermutung des Art. 30 GG zugunsten der Länder eingreifen würde. Das Ergebnis wäre aber grotesk: Die mißbräuchliche Ausübung einer - evt. sogar ausschließlichen (!) - Bundeskompetenz würde zu einer Zuständigkeitsverlagerung der mißbrauchten Kompetenz auf die Länder führen!

Beim Mißbrauch von Länderkompetenzen muß diese Vorstellung völlig versagen. Hier würde einer Kompetenzverlagerung auf den Bund Art. 30 GG entgegenstehen, der eine Zuständigkeitsvermutung für den Bund ausschließt. Die von einem Land rechtsmißbräuchlich angewandte Befugnis würde weder dem Land, da außerhalb des Rechts handelnd, noch dem Bund zustehen, weil es an einer ausdrücklichen Kompetenzzuweisung fehlt! Das allgemeine Mißbrauchsverbot kann dafür kein Ersatz sein. Es entsteht ein hoheitsfreier Raum, was aber mit dem Vorstellungsbild der allumfassenden Staatsgewalt unvereinbar ist;

vgl. dazu auch den ähnlichen Gedankengang bei BAYER (S. 71) hinsichtlich der Ermessensbindung.

greifend gestaltendes Prinzip (1) muß aber auf einer breiteren Basis stehen, als nur auf diesem Teilaspekt der Bund-Länder-Beziehungen (2).

Die Bundestreue wird somit zwar in den Dienst des Mißbrauchsverbots im Sinne des allgemeinen Willkürverbots gestellt, kann aber nicht durch die allgemeine Mißbrauchslehre, wie sie im Zivilrecht entwickelt wurde und teilweise auch in das Verfassungsrecht übernommen wurde, ihre Begründung finden (3).

3. Parallelität in der Funktion

a) Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip als Auslegungsregeln

Der Rechtsstaatsgedanke ist ein Strukturprinzip der ver-

-
- 1) vgl. GEIGER Föderalistische Ordnung S. 123;
 - 2) Nicht zuzustimmen ist allerdings PUSS (ABR 83 S. 413 Fußn. 76), der aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (insbes. Bd. 8 S. 122 ff) zu entnehmen scheint, daß das Gericht es ablehnt, im Zusammenhang mit der Bundestreue zum Tatbestand des Mißbrauchs Begriffsbildungen aus anderen Rechtsbereichen (z.B. allgemeiner Rechtsmißbrauch bzw. unzulässige Rechtsausübung in der Lehre zu § 242 BGB) anzuwenden, "weil diese auch weitgehend subjektive Momente einbeziehen".

Weder der Tatbestand des § 242 BGB noch die allgemeine Mißbrauchslehre verlangen ein schuldhaftes Verhalten (vgl. SOERGEL-SIEBERT-KNOPF § 242 Rdz. 11). "Die Entwicklung der Lehre vom Rechts- und Normenmißbrauch von § 226 über § 826 zu § 242 BGB ist gerade durch das Zurücktreten subjektiver Merkmale und die Betonung objektiver Umstände gekennzeichnet" (SOERGEL-SIEBERT-KNOPF a.a.O. Rdz. 12).

Von diesem Bezugspunkt aus beständen also keine grundlegenden Bedenken der Verknüpfung der Bundestreue mit der allgemeinen Mißbrauchslehre, da von beiden auf objektive Maßstäbe abgestellt wird.

- 3) So insbesondere GALLWAS Mißbrauch S. 11 ff. Hinsichtlich der Anwendung der Mißbrauchslehre auf die Grundrechte bestehen die eben genannten Bedenken nicht, weil die Grundrechte subjektive (öffentliche) Rechte sind.

fassungsrechtlichen Ordnung (1). Als solches wird es vom Bundesverfassungsgericht und der Lehre zur Auslegung des Grundgesetzes selbst herangezogen, denn "jede Verfassungsbestimmung muß so ausgelegt werden, daß sie mit jenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar ist" (2). Das gesamte geltende Gesetzes- und Verfassungsrecht wird damit denjenigen Auslegungsregeln unterworfen, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben (3).

Auch das "bundesstaatliche Prinzip" wird vom Bundesverfassungsgericht als Auslegungsregel herangezogen (4).

Darum ist es keineswegs erstaunlich, daß auch der Bundestreue die gleiche Funktion zugemessen wird.

So sieht MOSLER in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum nordrhein-westfälischen Besoldungsgesetz (5) die Bundestreue als Auslegungsregel für die Gesetzgebungskompetenz angewandt. "Die Auslegung der Zuständigkeitsvorschriften wird sich jedenfalls zugleich von einem Grundsatz des ungeschriebenen Verfassungsrechtes leiten lassen müssen, auf den kein gesunder Föderalismus verzichten kann und der in der deutschen, bundesstaatlichen Tradition eine feste Grundlage findet: von dem Grundsatz der bundesfreundlichen Haltung von Bund und Ländern unter dem Vorrang des Bundesinteresses" (6).

1) vgl. BVerfG 2 S. 32 (41), 6 S. 72;

2) BVerfG 1 S. 14 ff Leitsatz Nr. 4 (S. 15) und S. 32/33; vgl. auch BVerfG 7 S. 319 und 9 S. 102, 105 zur Auslegung von Gesetzen; IPSEN VVDStRL 10 S. 74 f, v. RANGOLDT-KLEIN Einführung IV 7 a, HAMANN GG Einf. S. 59 f;

3) vgl. ABENDROTH Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 116, HESSE Grundzüge S. 28 (Einheit der Verfassung), DRAHT VVDStRL 9 S. 109/110;

4) BVerfG 1 S. 41;

5) BVerfG 4 S. 115 ff; MOSLER Konkordatsprozeß Bd.4 S.1587;

6) GREWE DRZ 1949 S. 350;

Dieses Ergebnis muß sich mit den vorangegangenen Ausführungen zur Bundestreue als Rechtsausübungsschranke auseinandersetzen, weil es sich bei der Rechtsanwendung um eine - zumindest in der Theorie - von der Rechtsauslegung unterschiedliche Kategorie handelt (1).

Die Interpretation betrifft die Sinnerklärung eines Satzes, die Rechtsanwendung hingegen ausschließlich die Subsumtion eines Lebenssachverhalts unter einen Rechtssatz (2).

BAYER will der Bundestreue zwar "regelmäßig die Funktion einer Rechtsausübungsschranke" zusprechen, schließt aber die Möglichkeit einer Auslegungsfunktion nicht aus, da eine an der Praxis orientierte Betrachtungsweise beide Kategorien nicht reinlich voneinander scheiden könne. "Für das Prinzip der Bundestreue bedeutet dies, daß die Funktion der Auslegungsregel gleichrangig neben die Funktion der Rechtsausübungsschranke gestellt werden muß" (3).

Damit steht in einem weiteren, funktionellen Zusammenhang eine Parallelität zwischen der Bundestreue und dem Rechtsstaatsprinzip fest: beide haben die Funktion von Auslegungsregeln.

b) Bundestreue und Rechtsstaatsgedanke als offene Prinzipien ohne geschlossenes Normsystem

Die Parallelität in der Funktion von Rechtsstaatsprinzip und Bundestreue führt weiter zu einer anderen Gemeinsamkeit, die sich aus ihrer Art als Verfassungsprinzipien ergibt.

Aus dem Rechtsstaatsgedanken lassen sich gewisse Grund-

1) vgl. BAYER S. 65/66;

2) v. RAGOLDT-KLEIN Einleitung IV 4 (S. 7);

3) BAYER S. 66;

regeln entwickeln, wie etwa die Beschränkung und Meßbarkeit staatlichen Handelns oder die Forderung nach gerichtlichem Rechtsschutz, Gewährung von Grundrechten usw. Das Rechtsstaatsprinzip läßt sich aber nicht in ein festes System von konkreten Einzelnormen auflösen (1). Vielmehr findet sich in der gesetzestechnischen Einzelgestaltung ein Niederschlag rechtsstaatlicher Forderungen; nicht aber läßt sich ein von der jeweiligen Sachmaterie losgelöstes, selbständiges Normensystem "des Rechtsstaats" aufstellen, das gleichsam als neben Verfassung und Gesetz stehendes Rechtsgerüst dient, an dem jede relevante Streitfrage ebenso zu prüfen ist, wie an der Verfassung und am Gesetz. Es handelt sich insoweit ebenso wie beim Subsidiaritätsgedanken um ein Rechts p r i n z i p , dessen Tatbestandsmerkmale nicht normativ konkretisiert sind (2).

Ebenso liegt der Sachverhalt auch bei der Bundestreue nach herkömmlichem Verständnis. Sie stellt gleichfalls nur eine Grundforderung auf, die zu wenig konkret ist, um unmittelbare Subsumtionsschlüsse zu erlauben. Aus der Forderung, daß Bund und Länder gegenseitig ihre Interessen berücksichtigen müssen und keiner den anderen allmählich überwiegen dürfe, ist zwar eine Aussage über die Zielrichtung des Prinzips gemacht - ähnlich der Beschränkung der Staatsgewalt nach dem Rechtsstaatsprinzip -, der konkrete Einzelfall läßt sich jedoch nicht unmittelbar an dieser Forderung entscheiden. Zu dieser Erkenntnis kommt auch BAYER bei der Frage nach dem Wesen der Bundestreue. Die Bundestreue

1) vgl. BVerfG 7 S. 92 f, 11 S. 72;

2) vgl. ISENSEE Subsidiaritätsprinzip S. 73 und oben S. 71f; anders verhält es sich allerdings mit den auf dem Rechtsstaatsgedanken beruhenden Grundsätzen wie Übermaßverbot usw. Hier liegen bereits genügend konkretisierte Tatbestandsmerkmale vor, die einen juristischen Subsumtionsschluß erlauben.

könne nicht an Hand ihrer einzelnen Begriffsmerkmale inhaltlich konkretisiert und in ein System unmittelbar anwendbarer Einzelsätze aufgelöst werden (1).

Dies zeigt einen weiteren Berührungspunkt zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und der Bundestreue: die Eigenschaft als allgemeines Rechtsprinzip, das nicht unmittelbar anwendbares Recht darstellt.

c) Der akzessorische Charakter von Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip

In Zusammenhang mit diesem Ergebnis steht eine weitere Parallele zwischen Rechtsstaatsprinzip und Bundestreue. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt betont, daß sich aus der Bundestreue keine selbständigen Rechte und Pflichten ableiten lassen.

Im Konkordatsurteil (2) hat es ausgeführt, daß gerade im Bereich der auswärtigen Gewalt die Treupflicht besonders ernst zu nehmen sei, sich aber eine Pflicht der Länder zur Beachtung der Konkordatsbestimmungen in ihren Schulgesetzen daraus nicht ergebe. Es müsse vielmehr Bund und Ländern überlassen bleiben, auf dem Boden der Gleichordnung zu einem Ausgleich zu gelangen (3). Diese Linie der Rechtsprechung hat das Gericht scheinbar vorübergehend verlassen - worauf noch einzugehen sein wird (4) -, um ihr aber in späteren Entscheidungen um so größere Bedeutung beizumessen.

Das Prinzip der Bundestreue konstituiert oder begrenzt Rechte und Pflichten innerhalb eines **b e - s t e h e n d e n** Rechtsverhältnisses zwischen Bund

1) BAYER Bundestreue S. 75;

2) BVerfG 6 S. 309 ff;

3) BVerfG 6 S. 362; vgl. auch KOPP JZ 1970 S. 280;

4) vgl. dazu die Urteile BVerfG 8 S. 122 ff, 12 S. 205 ff und unten S. 213 ff;

und Ländern, begründet aber nicht selbstständig ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen. Die wechselseitigen rechtlichen Beziehungen, innerhalb deren Treue zu wahren ist, müssen bestehen oder durch Verhandlungen begründet werden" (1). "Die Wahrung der Bundestreue setzt wechselseitige Rechte und Pflichten voraus" (2).

aa) Keine Begründung selbständiger Rechte und Pflichten durch die Bundestreue

Daraus ergibt sich eine Konsequenz von erheblicher Bedeutung: Die Bundestreue ist akzessorisch in dem Sinne, daß sie nur dann überhaupt relevant wird, wenn bestehende Rechte oder durch Verhandlungen begründete Rechtspositionen berührt werden. Dies führt in der Mehrzahl aller Anwendungsfälle zu einer abwehrenden Funktion gegen Angriffe auf diese Rechtsstellungen. Von einer bestimmten Kompetenz darf danach aus dem Gesichtspunkt des bundesfreundlichen Verhaltens der Kompetenzinhaber "einen bestimmten Gebrauch nicht machen" (3). Daher führte die Anwendung des Grundsatzes der Bundestreue in der Praxis zu einem Unterlassungsanspruch, zu dem Anspruch, eine der Bundestreue widersprechende Maßnahme zu beseitigen oder die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens festzustellen. Dagegen wird die Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten Handlung nur ausnahmsweise begründet.

-
- 1) BVerfG 13 S. 75, Hervorhebung nur hier. Kein Widerspruch hierzu liegt in der Entscheidung Bd. 8 S. 138, wo ausgeführt wird, daß die Bundestreue unter Umständen auch "Hilfs- und Mitwirkungspflichten" des Bundes und der Länder begründen kann.
 - 2) BVerfG 12 S. 76, vgl. auch Bd. 21 S. 326, wo ein konkretes verfassungsrechtliches Verhältnis vorausgesetzt wird.
 - 3) BVerfG 21 S. 326, Hervorhebung dort; zu dem nachfolgenden Satzteil: daß der "Bund in bestimmter Weise vorgehen muß" (BVerfG a.a.O.) vgl. unten S. 213 ff;

Dies bestätigt ein Blick in die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1).

-
- 1) BVerfG 1 S. 299 ff: keine Verteilung der Wohnungsbau-mittel, bevor nicht alle Länder zugestimmt haben.
- BVerfG 3 S. 52 ff: Antrag auf Unterlassung der Auszahlung von Weihnachtsgewinnanteilen.
- BVerfG 6 S. 309 ff: Feststellung des Verstosses gegen das Reichskonkordat und gegen das Recht des Bundes auf Respektierung der für ihn international verbindlichen Verträge (im Ergebnis verneint).
- BVerfG 4 S. 115 ff: Rechtswidrigkeit des NRW-Besoldungsgesetzes (im Ergebnis verneint); vgl. dazu unten S. 237 ff;
- BVerfG 12 S. 205 ff: Rechtswidrigkeit der Deutschland-Fernseh GmbH. Auch hinsichtlich der Frage der Neuverteilung der Sendefrequenzen tritt die abwehrende Funktion der Bundestreue in diesem Urteil hervor; nach Auffassung des BVerfG wäre es mit dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens nicht vereinbar, wenn der Bund bei der Verteilung der Sendefrequenzen, wofür er gem. Art. 73 Nr. 7 und Art. 87 Abs. 1 GG zuständig ist (BVerfG 12 S. 248/249), die bestehenden Rundfunkanstalten nicht gebührend berücksichtigen würde oder von seinen Befugnissen in einer Weise Gebrauch macht, die "darauf hinausliefe, diesen Anstalten das Verfügungsrecht über die in ihrem Eigentum stehenden und von ihnen betriebenen Sendeanlagen zu entziehen" (BVerfG a.a.O. S. 250).
- BVerfG 14 S. 197 ff: Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Errichtung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen (im Ergebnis verneint).
- BVerfG 21 S. 312 ff: Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit von wasserrechtlichen Erlaubnissen und Genehmigungen durch Bundesbehörden (im Ergebnis hinsichtlich der Bundestreue verneint, da diese nicht einschlägig ist).
- Demgegenüber kann nur in zwei Entscheidungen festgestellt werden, daß aus der Bundestreue eine Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten Handlung begründet oder zumindest beantragt wurde.
- BVerfG 1 S. 117 ff: Verpflichtung der finanzstarken Länder aus dem bundesstaatlichen Prinzip, den schwächeren Ländern in gewissen

aus diesem Grund wird deutlich, warum die Bundestreue auch nach bisherigem Verständnis keinen Einfluß auf die Kompetenzverteilung haben kann. Die Zuständigkeiten im Bundesstaat sind abschließend und vollständig aufgeteilt. Es kann nicht aus der Bundestreue eine Änderung dieser Kompetenzverteilung auf dem Wege über ungeschriebenes (!) Verfassungsrecht vorgenommen werden (1). Auch die etwaige Weigerung der Länder, eine vom Bund behauptete Kompetenz für ein Sachgebiet anzuerkennen, hat mit dem bundesfreundlichen Verhalten nichts zu tun (2). Entweder steht dem Bund die behauptete Befugnis nach der Verfassung und ggf. deren Auslegung tatsächlich zu, dann ist die Meinung der Länder unbeachtlich, oder die Kompetenz steht den Ländern zu, dann verstößt ein etwaiges Bundeshandeln gegen die Verfassung (3).

Im Endergebnis würde eine Auffassung, wie KÖLBLE sie vertritt, darauf hinauslaufen, daß bereits die Einnahme eines anderen Rechtsstandpunkts bundesunfreundlich ist und damit verfassungsgerichtlich bekämpft werden kann!

Forts. von S. 198 Fußn. 1)

Grenzen Hilfe zu leisten (vgl. dazu unten S. 213 ff);

BVerfG 8 S. 122 ff: Verpflichtung des Landes gegenüber dem Bund, von der staatlichen Kommunalaufsicht Gebrauch zu machen (vgl. dazu unten S. 213 ff);

- 1) so aber im Ergebnis BAYER Bundestreue S. 71;
- 2) so aber KÖLBLE DÖV 1963 S. 669: Der Versuch der Länder, dem Bund eine aus der Natur der Sache zustehende Zuständigkeit vorzuenthalten, stehe in Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens.
- 3) Das gilt auch im umgekehrten Fall. Wenn KÖLBLE a.a.O. die gemeinsamen Verwaltungseinrichtungen der Länder als im Widerspruch mit dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens stehend ansieht, so verwechselt er die Bundestreue mit der Zuständigkeitsverteilung.

bb) Rechtsstaatliche Prinzipien als konkretisierender und modifizierender Faktor

In ähnlicher Weise verhält es sich mit dem Rechtsstaatsprinzip, das im Grundsatz den einzelnen Staatsbürger vor der Allmacht des Staates schützen will, indem es die Staatsgewalt selbst dem Recht unterstellt. Aus dieser Funktion erklären sich die auf rechtsstaatlichem Gedankengut beruhenden Grundrechte, die als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe aufgefaßt werden (1).

Im konkreten Einzelfall wird der Rechtsstaatsgedanke herangezogen, um zu überprüfen, ob eine bestimmte Handlung der Staatsorgane oder der Verwaltung mit den aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsätzen übereinstimmt. Sie dienen daher in erster Linie zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit staatlichen Tuns. Gleichzeitig fließen die rechtsstaatlichen Grundsätze auch in die Gestaltung der Rechtsbeziehungen Staat - Individuum ein, damit sie einer nachfolgenden gerichtlichen Überprüfung standhalten. Die rechtsstaatlichen Grundsätze dienen daher der Konkretisierung und Modifizierung der staatlichen Machtäußerungen.

Im Bereich der Gesetzgebung wird aus ihnen abgeleitet, daß unklare Gesetze in extremen Fällen nichtig sein können (2).

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit, die das Bundesverfassungsgericht stets als einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsstaates angesehen hat (3), müs-

1) vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 89/90 und 99, MAUNZ-DÜRIG Art. 1 Abs. 3 Rdz. 96;

2) vgl. BVerfG 1 S.45;

3) vgl. BVerfG 2 S. 403, 3 S. 327, 7 S. 92 und 196, 13 S. 271, 15 S. 319; in gleicher Weise könnte bei unklaren Gesetzesbestimmungen mit der rechtsstaatlichen Forderung nach Bestimmtheit des staatlichen Handelns gearbeitet werden.

sen an die Klarheit und Verständlichkeit bestimmte Anforderungen gestellt werden.

Ergeht ein Gesetz, so wird zwischen dem Adressaten des Gesetzes und dem Staat ein Rechtsverhältnis begründet. Ist das Gesetz unklar und widerspricht dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtssicherheit, so ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ein Anspruch auf Klarstellung oder Änderung des Textes. Im Extremfall ist es nichtig (1). Auch hier führt der Rechtsstaatsgedanke zu einer Änderung eines bestehenden Rechtsverhältnisses, sei es dem Inhalt oder der Art nach.

Inbesondere sind die oben behandelten Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit dazu geeignet, bestehende Rechtsverhältnisse zwischen dem Staat und dem einzelnen zu modifizieren und ihren Regeln zu unterwerfen. Sie verlangen von ihrer Konstruktion her stets einen Ansatzpunkt innerhalb eines Rechtsverhältnisses, denn die Forderung, daß jede staatliche Maßnahme verhältnismäßig sein muß, stellt zwar einen Rechtssatz auf, begründet aber kein eigenes Rechtsverhältnis, sondern greift modifizierend in bestehende oder zu schaffende ein.

cc) Die Entfernung der positiven Funktion des
Rechtsstaatsprinzips von der rechtlichen
Norm

Es kann allerdings nicht übersehen werden, daß das Rechtsstaatsprinzip sich nicht in der abwehrenden, negativen Funktion erschöpft. Ihm kommt darüber hinaus auch eine positive Funktion zu als "wesentliches Element der Konstituierung heutiger Staatlichkeit" (2).

1) vgl. BVerfG 1 S. 45;

2) HESSE Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit
S. 579;

Das Rechtsstaatsprinzip ist sowohl formelles als auch materielles Aufbauprinzip des Staates. Der Staat gewinnt durch bewußte, klare, durch die Vernunft erfaßte Regeln und Grundsätze Form und die formalen Strukturen werden durch konkreten Inhalt aufgefüllt (1).

Diese positive, die abwehrende Funktion des Rechtsstaatsprinzips übersteigende Seite rechtsstaatlichen Gedankenguts ist allerdings nicht in Formen aufzulösen, die einem Rechtsverhältnis entsprechen würden. Sie begründet keine unmittelbaren Rechte und Pflichten zwischen dem Staat und anderen Rechtssubjekten, insbesondere dem einzelnen. Hierfür sind die Forderungen zu wenig konkret und faßbar. Es handelt sich um Anforderungen, die ihren Bezugspunkt im politischen Raum haben und der politischen Gestaltung des Staates Richtung und Maß setzen. Daher ist der Rechtsstaat auch ein "politisches Formprinzip" (2).

Diese positive Seite des Rechtsstaates ist aber der Lösung von Rechtsfragen im konkreten Einzelfall weitgehend entrückt. Daher liegt der Schwerpunkt des Rechtsstaatsprinzips für den Bereich des unmittelbar anwendbaren Rechts in der überwiegend abwehrenden Funktion (3). Für diesen Bereich kann ebenso wie bei der Bundestreue festgestellt werden, daß keines der beiden Rechtsprinzipien geeignet ist, selbständige Rechtsverhältnisse zu begründen, sondern in konkrete Rechtsbeziehungen modifizierend einzugreifen. Dies soll hier unter dem Begriff der akzessorischen Funktion zusammengefaßt werden.

1) vgl. HESSE a.a.O. S. 579;

2) SCHÖNWER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 465, HESSE ebenda S. 579;

3) vgl. SCHÖNWER a.a.O. S. 406;

d) Bundestreue und Rechtsstaatsprinzip als Ermessensschränken

Die Bundestreue gilt nicht nur als Auslegungs- und Rechtsausübungsschranke, ihr wird darüber hinaus auch eine das Ermessen bindende Funktion zugeschrieben. Nach BAYER wirft die Bindung des Gestaltungsermessens keine besonderen Probleme auf; da die einzelnen Kompetenzvorschriften das Ermessen nicht eigens beschränken, ergänze die Bundestreue diejenigen Schranken, die der Betätigung von Bund und Ländern schon durch andere, spezielle Normen gezogen sind (1).

Schwieriger sei die Erfassung des Handlungsermessens durch die Bundestreue. Da aber auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und unter Berücksichtigung des Art. 20 Abs. 3 (2) das Ob und Wann der Erfüllung eines Gesetzgebungsauftrags nicht im freien Belieben des Gesetzgebers liege (3), könne auch die Bundestreue zur Bindung des Handlungsermessens herangezogen werden (4). Hier seien die Fälle der Vornahme und der Nichtvornahme eines Gesetzgebungsaktes zu unterscheiden. Die Bundestreue könne die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers hinsichtlich der Inanspruchnahme einer Kompetenz binden, ebenso wie

-
- 1) BAYER (S. 72) erwähnt dabei "namentlich die Grundrechte". In diesem Punkt kann ihm nicht gefolgt werden, weil die Grundrechte keinen Einfluß auf das Verhältnis von Bund und Ländern haben, also für die Bundestreue unerheblich sind. Im übrigen bedürfte es gerade für die Grundrechte keiner Bundestreue, um die Eingriffsmöglichkeiten zu präzisieren; arg. Art. 28 Abs. 1, Art. 1 Abs. 3 GG. Welche anderen "speziellen Normen" als Schranken im Bund-Länder-Verhältnis bestehen sollen, die durch die Bundestreue ergänzt werden, läßt BAYER offen.
 - 2) BAYER S. 70 zieht damit das Rechtsstaatsprinzip in die Überlegung mit ein; Hervorhebung nur hier;
 - 3) BVerfG 8 S. 210 (216);
 - 4) BAYER S. 70/71;

sie gebieten könne, von einer Kompetenz keinen Gebrauch zu machen (1).

Auch das Bundesverfassungsgericht scheint die Bundestreue als eine Ermessensschränke anzusehen, auch wenn es diese Bezeichnung selbst nicht verwendet.

Im "Besoldungsurteil" (2) wurde die gerichtliche Kontrolle der aus dem Grundsatz der Bundestreue abzulei-

-
- 1) In diesem letzteren Fall kommt BAYER zu dem Ergebnis, daß die Kompetenz dann "ipso iure" dem anderen Teil zuwächst.

Dem liegt die verfehlte Vorstellung zugrunde, daß mit dem Gebot, von einer Kompetenz keinen Gebrauch zu machen, die Kompetenz selbst entfällt, und da es keinen kompetenzfreien Raum im Bundesstaat geben kann (Art. 30, 70 GG) die Zuständigkeit wechselt.

Hier ist nicht nur Widerspruch anzumelden gegen die Übernahme der allgemeinen Mißbrauchslehre. Soweit die Meinung BAYERS auf dieser Lehre beruht, kann auf das oben S. 186 gewonnene Ergebnis verwiesen werden, wonach die allgemeine Mißbrauchslehre nicht auf die Kompetenzordnung anwendbar ist.

Das Ergebnis BAYERS widerspricht auch der allgemeinen Meinung, daß die Bundestreue auf die Zuständigkeitsverteilung keinen Einfluß haben kann, insbesondere keine Kompetenzverschiebung herbeiführt, was schon aus dem Umstand folgt, daß die Bundestreue keine selbständigen Rechtsverhältnisse begründet (vgl. BVerfG 13 S. 75 f). Das Problem der Bundestreue kann sich erst dann ergeben, wenn das grundsätzliche Bestehen einer Kompetenz bereits feststeht (FUSS AöR 85 S. 412). Die Bundestreue kann daher nur verbieten, von einer Kompetenz in einer bestimmten Art und Weise Gebrauch zu machen, nicht aber die Zuständigkeitsordnung selbst aufheben.

Der Gebrauch einer Kompetenz in einer gegen die Bundestreue verstoßenden Weise läßt die konkrete Rechtshandlung rechtswidrig erscheinen, hebt aber die Kompetenz als solche nicht auf.

Soweit geht nicht einmal die allgemeine Mißbrauchslehre, da auch die mißbräuchliche Rechtsausübung kein Rechtssendigungsgrund ist (SILBERT Verwirkung S. 139).

- 2) BVerfG 4 S. 115 ff;

tenden Schranken der Gesetzgebungsbefugnis auf die Einhaltung "äußerster Grenzen" beschränkt, eine Formulierung, die offenbar aus der Rüstkammer der Rechtsprechung zum Ermessensmißbrauch stammt.

Noch deutlicher wird die Anlehnung an die Ermessenslehre, wenn das Gericht im gleichen Urteil (1) ausführt, daß die Bundestreue unter Umständen auch Hilfs- und Mitwirkungspflichten des Bundes und der Länder begründen kann, "die als Schranke ihrer Freiheit innerhalb ihrer Zuständigkeiten begriffen werden können" (2).

Hier ließ sich das Gericht offenbar von dem Vorstellungsbild der sog. "Ermessensfreiheit" leiten (3).

Aus der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten wird somit eine Ermessensbindung in den Bund-Länder-Beziehungen abgeleitet.

Gerade auch im Bereich der Ermessensbindung findet das Rechtsstaatsprinzip seine weitgehende Verwirklichung. Das gilt nicht nur für den Bereich der Verwaltung, wo die Ermessensfragen seit jeher ihren Schwerpunkt haben, sondern auch für den Gesetzgeber, der unter rechtsstaatlichen Vorzeichen in seiner Gestaltungsfreiheit nicht unbeschränkt ist (4).

1) a.a.O. S. 138;

2) Hervorhebung nur hier. FUSß AÖR 83 S. 412 will den im Urteil BVerfG 4 S. 138 gebrauchten Begriff "Freiheit" mit "Befugnis, Kompetenz" übersetzen, was aber die Aussage des BVerfG sinnlos machen würde (Konsequenz wäre: Schranke ihrer Kompetenz, Befugnis, innerhalb ihrer Zuständigkeiten!). Es ist kaum zu widerlegen, daß das BVerfG Freiheit hier für Ermessensfreiheit setzt, der durch die Bundestreue Grenzen gezogen werden.

3) vgl. FORSTHOFF Verwaltungsrecht S. 90: "Das Ermessen gibt der Behörde Freiheit" (Hervorhebung dort).

4) vgl. LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 65 f und passim), MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 118 f, BVerfG 8 S. 210 (216), vgl. oben S. 124 ff;

Ermessen und Rechtsstaat sind nicht unvereinbare Begriffe; auch im Rechtsstaat muß der Verwaltung und erst recht dem Gesetzgeber ein Ermessensspielraum zustehen, denn die Verdrängung administrativen Ermessens führt nicht notwendig zu größerer individueller Freiheit, sondern zuweilen in die ärgere "Tyrannei einer uniformierten und unbeweglichen Egalisierung" (1). Das Rechtsstaatsprinzip verlangt schon vom Gesetzgeber, daß er die Rechtssphäre abgrenzt, in die ein staatlicher Eingriff erfolgen kann (2). Damit wird bereits der weite Rahmen abgesteckt, in dem ein Ermessen überhaupt möglich sein kann. Darüber hinaus wird verlangt, daß die gesetzliche Ermächtigung zum Rechtseingriff durch die Verwaltung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend begrenzt und bestimmt ist, so daß die Eingriffe meßbar und berechenbar werden (3).

Auf diese Weise führt das Rechtsstaatsprinzip schon zu einer Ermessensbindung des Gesetzgebers (4). Es gehört zu den Grundentscheidungen der geltenden Verfassung, an die auch der Gesetzgeber gebunden ist (5).

Es bedarf keiner besonderen Begründung, daß auch die Verwaltung an rechtsstaatliche Grundsätze gebunden ist, wenn sie eine Ermessensentscheidung zu fällen hat (6), wobei den Grundsätzen der Bestimmtheit, Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit und Geeignetheit eine besondere Rolle zufällt.

1) SCHEUNER Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit S. 467, vgl. auch KAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 91;

2) BVerfG 8 S. 76;

3) vgl. BVerfG 8 S. 125 und 9 S. 147;

4) vgl. KAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 20;

5) vgl. BVerfG 6 S. 71;

6) vgl. KRAUSS Verhältnismäßigkeit S. 58 ff, LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 24, KAUNZ-DÜRIG Art. 2 Abs. 1 Rdz. 83, FORSTHOFF Verwaltungsrecht S. 68, 90 ff, WOLFF Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 174 f;

4. Zwischenergebnis

Fassen wir rückblickend die einzelnen Verbindungen zusammen, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, dem Bundesstaat und der Bundestreue nach herkömmlicher Auffassung ergeben haben:

- a) Der Bundesstaat selbst steht im Dienste der Rechtsstaatlichkeit, da er über seinen gewaltenteilenden Effekt die Chance für die Verwirklichung des materiellen Rechtsstaates wesentlich erhöht.
- b) Bund und Länder sind in ihren Beziehungen zueinander in großen Bereichen rechtsstaatlichen Prinzipien unterworfen.
 - aa) Die Einbeziehung der Bund-Länder-Streitigkeiten in die Verfassungsgerichtsbarkeit ist als Ausdruck rechtsstaatlichen Gedankenguts zu werten, daß die Auseinandersetzung über Rechtsfragen auch im Bundesstaat nicht den politischen Machtmitteln überlassen wird.
 - bb) Im weiten Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnisse beherrschen rechtsstaatliche Grundsätze, insbesondere das Übermaßverbot, die Zuständigkeitsregelung.
 - cc) Diesen Grundsätzen kommt an weiteren zentralen Stellen des Bund-Länder-Verhältnisses überraschende Bedeutung zu; sie beherrschen weite Teile der Bundesaufsicht, den Bundeszwang und notstandsähnliche Regelungen (Art. 91 GG).
- c) Die Einbeziehung rechtsstaatlicher Forderungen in weitere Bereiche der Bund-Länder-Beziehungen ist nicht ausgeschlossen. Insbesondere die Grundsätze der Geeignetheit, Bestimmtheit und das Übermaßverbot sind einer solchen erweiternden Anwendung fähig, da sie wegen ihres formalen Charakters von der jeweiligen Sachmaterie losgelöste Entscheidungskriterien liefern.

- d) Eine Gegenüberstellung der Bundestreue nach bisherigem Verständnis mit dem Rechtsstaatsprinzip und einzelnen rechtsstaatlichen Forderungen hat eine weitgehende Parallelität beider Grundsätze gezeigt, die sich äußern
- aa) in der Gleichgerichtetheit der Zielsetzung (Verhinderung von Machtmißbrauch),
 - bb) in der Parallelität der Funktion als Auslegungsregel, Rechtsausübungsschranke und in der Ermessensbindung,
 - cc) in der Gleichartigkeit als Rechtsgrundsätze, die sich nicht in ein konkretes Normengefüge auflösen lassen,
 - dd) in der gleichartigen Wirkungsweise, indem sie keine neuen, selbständigen Rechtsverhältnisse begründen, sondern modifizierend in bestehende oder zu schaffende eingreifen (akzessorische Funktion).

D r i t t e s K a p i t e l

§ 26

I. Die Identifizierung der Bundestreue mit rechtsstaatlichen Prinzipien

Die weitgehende Übereinstimmung der Bundestreue mit rechtsstaatlichen Prinzipien legt es nahe, zwischen den Institutionen des Rechtsstaats und der Bundestreue nicht nur eine Parallelität zu sehen, sondern darüber hinausgehend eine mögliche I d e n t i - t ä t der beiden Prinzipien festzustellen. Wenn dies gelingen sollte, so wäre der Nachweis erbracht, daß sich die Bundestreue darstellt als die Forderung an Bund und Länder, sich in ihrem Gesamtverhältnis zueinander nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten zu behandeln. Damit würde dem Rechtsstaatsprinzip ein weiterer Raum erschlossen, als es das Grundgesetz selbst in gewichtigen Einzelbereichen schon fordert.

Zur Untermauerung dieser These bedarf es des Nachweises, daß jene Streitfragen, in denen die Bundestreue nach herkömmlicher Anschauung herangezogen wurde, auch mit rechtsstaatlichen Maximen zu lösen sind. An Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bundestreue soll daher geprüft werden, ob die entschiedenen Fälle bei Anwendung rechtsstaatlicher Maßstäbe zum gleichen oder ggf. einem anderen Ergebnis geführt hätten. Dabei sollen auch die sich in dem jeweiligen Zusammenhang ergebenden Fragen erörtert werden.

Es wird sich dabei auch ergeben, daß es in einigen Fällen weder der Bundestreue nach herkömmlichem Verständnis noch rechtsstaatlicher Prinzipien bedarf, um zu einer Lösung zu gelangen, weil sich diese bereits aus der geschriebenen Verfassung ergibt.

1. Allgemeiner Gleichheitssatz und Willkürverbot

a) Die Gleichheit der Länder gegenüber dem Bund

Im Urteil über die Verteilung von Bundeswohnungsbau-
mitteln an die Länder (1) nach dem Ersten Bundeswoh-
nungsbaugesetz begründet das Bundesverfassungsgericht
über das bundesstaatliche Prinzip und dem ihm entspre-
chenden Grundsatz der Bundestreue, daß zur Verteilung
der Mittel die Zustimmung aller Länder erforderlich
sei (2). Untersucht man die Ausführungen des Gerichts,
muß man feststellen, daß das Bundesverfassungsgericht
den allgemeinen Gleichheitssatz in den Begriff der Bun-
destreue hineininterpretiert. Das Ergebnis beruht daher
nicht auf einem besonderen Rechtsgrund der Bundestreue,
sondern auf dem Gleichheitssatz (3). Das Gericht führt
selber aus, daß die Mitwirkung der Länder bei der Ver-
teilung der Bundesmittel ein Ausdruck des föderalisti-
schen Prinzips sei. "Als Glieder des Bundes besitzen
die Länder, soweit positive verfassungsrechtliche Be-
stimmungen nicht entgegenstehen, d e n g l e i -
c h e n S t a t u s " (4).

Dieses Prinzip kann auch nicht durch das demokratische
Prinzip der Mehrheitsentscheidung umgestoßen werden.
Es herrscht der Grundsatz der Einstimmigkeit.

Damit wird deutlich, daß im Bund-Länder-Verhältnis der
allgemeine Gleichheitssatz Vorrang vor dem demokrati-
schen Prinzip hat; darüber hinaus stellt dieser Gleich-

1) BVerfG 1 S. 299 ff;

2) BVerfG 1 S. 314/315. Es handelt sich dabei nur um
eine zusätzliche Untermauerung des bereits durch
die Auslegung des § 14 Abs. 1 Erstes Wohnbaugesetz
gewonnenen Ergebnisses ("Einvernehmen"). SPANNER
kritisiert daher, daß die Heranziehung der Bundes-
treue überhaupt unnötig war; DÖV 1961 S. 485;

3) vgl. auch GORG in Festschrift Herrfahrdt S. 86: Das
bundesstaatliche Prinzip erfordere, daß die Länder
gleichmäßig behandelt werden.

4) BVerfG a.a.O. S. 315; Hervorhebung nur hier.

heitssatz die eigentliche Entscheidungsgrundlage dar und nicht die Bundestreue als ein davon selbständiges Rechtsinstitut.

Der allgemeine Gleichheitssatz kann verständlicherweise nicht bestimmen, daß alle Länder im Bundesstaat den gleichen Status haben. Dies ist die Voraussetzung für seine Anwendung. Wenn das Bundesverfassungsgericht aber diese Voraussetzung bejaht, so muß auch an Hand des allgemeinen Gleichheitssatzes geprüft werden, welche Rechtsfolgen sich ergeben. Dies führt in dem zur Entscheidung stehenden Fall zu der Forderung, daß alle Länder ihr Einverständnis zur Mittelverteilung geben müssen, weil ein sachlicher Gesichtspunkt für eine unterschiedliche Behandlung einzelner Länder nicht zu erkennen war.

Soweit das Gericht dann die Pflicht zur Verständigung zwischen dem Bund und den Gliedstaaten aus der Bundestreue ableitet (1), handelt es sich im entschiedenen Fall lediglich um eine **f a k t i s c h e** Konsequenz der Auffassung, daß die Zustimmung aller Länder zur Verteilung der Wohnungsbaumittel notwendig ist (2).

b) Das Willkürverbot als Ermessensschränke

Das Bundesverfassungsgericht hat aber auch klar die möglichen Folgen erkannt, die sich aus dem Prinzip der Einstimmigkeit ergeben, das im Ergebnis zur Herrschaft der Minderheit führen kann, weil der Widerspruch eines Landes genügt, um die Mittelverteilung insgesamt zu blockieren. Aus diesem Grund sah es sich veranlaßt, über die Bundestreue ein "Sicherheitsventil" einzubauen,

1) BVerfG a.a.O. S. 315;

2) Dies bedeutet nicht, daß sich aus der Bundestreue nach herkömmlichem Verständnis nicht auch eine **R e c h t s**pflicht zur Verhandlung und Verständigung ergibt; dieses Ergebnis kann aber ebenfalls durch die Anwendung rechtsstaatlicher Maßstäbe gewonnen werden; vgl. unten S. 222 f;

indem es den Widerspruch eines oder mehrerer Bundesländer unter dem Gesichtspunkt des bundesfreundlichen Verhaltens prüfen will. Die Mittelverteilung könne nicht durch einen Widerspruch in Frage gestellt werden, wenn er mit der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten unvereinbar ist. Dabei ist der folgende Satz der Begründung besonders aufschlußreich: "Ein aus sachfremden Motiven erhobener, daher unsachlicher und in diesem Sinne willkürlicher Widerspruch gegen einen Verteilungsplan ist rechtlich unerheblich" (1).

Um zu diesem Ergebnis zu gelangen, bedarf es keiner besonderen aus "dem Bundesstaat" abgeleiteten Treupflichten. Es genügen hierfür die allgemeinen Grundsätze der Ermessenslehre, die stets die Rechtswidrigkeit einer Ermessensentscheidung annehmen, wenn die Motive für die Entscheidung unsachlich sind (2). Bereits der Wortlaut des eben zitierten Satzes läßt diese Wurzel erkennen.

Die Qualifizierung ermessensmißbräuchlicher Entscheidungen im bundesstaatlichen Verhältnis als rechtswidrig und unwirksam beruht daher nicht auf der Verletzung eines besonderen Satzes des Bundesstaatsrechts, sondern auf den letzten Endes auf die rechtsstaatliche Forderung des Willkürverbots zurückzuführenden allgemeinen Ermessensschränken (3).

In gleicher Weise lassen sich die Urteile des Bundesverfassungsgerichts zum nordrhein-westfälischen Be-

-
- 1) BVerfG 1 S. 316; Hervorhebung nur hier;
 - 2) vgl. statt vieler WOLFF Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 175;
 - 3) vgl. WOLFF a.a.O. S. 172 zur Beschränkung des Ermessens durch die Verbote und Gebote der "negativen Gesetzmäßigkeit", wozu insbesondere das Verbot der Willkür zählt (S. 156).

soldungsgesetz (1) und zum Kreditwesengesetz (2) erklären, wo im Grunde nichts anderes gesagt wird als im Wohnungsbaurteil (3). Das Gericht wiederholt lediglich, daß die Bundestreue nur dann verletzt ist, wenn die Inanspruchnahme von Kompetenzen rechtsmißbräuchlich sei, und es überprüft daher lediglich die äußersten Grenzen (4), die aber in keinem der Fälle überschritten worden sind.

c) Die Einengung des Ermessensspielraumes - Begründung positiver Pflichten für Bund und Länder

Im Urteil über die Volksbefragung in einzelnen Gemeinden Hessens zur Atombewaffnung (5) hat das Bundesverfassungsgericht aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens eine Pflicht des Landes Hessen zum Einschreiten gegen die Gemeinden begründet.

Ausgangsbasis für diese Entscheidung war die Erkenntnis, daß die Gemeinden mit der geplanten Volksbefragung die Änderung einer bestimmten politischen Entscheidung auf dem Gebiet des Verteidigungswesens erzwingen wollten, die auf verfassungsmäßigem Weg durch die zuständigen Bundesorgane getroffen worden war. Damit griffen die Gemeinden nach Ansicht des Gerichts in die ausschließliche Zuständigkeit des Bundes ein (6). Der Bund hat jedoch gegenüber den Gemeinden keine rechtliche Handhabe, um einen solchen Übergriff zu verhindern. Die Kommunalaufsicht liegt allein bei den Län-

-
- 1) BVerfG 4 S. 115 ff; soweit in diesem Urteil aus der Bundestreue die Rücksichtnahme auf das Finanzwesen im Bundesstaat abgeleitet wird, s. unten S. 237 ff;
 - 2) BVerfG 14 S. 198 ff;
 - 3) BVerfG Bd. 1 S. 315/316;
 - 4) BVerfG 4 S. 140;
 - 5) BVerfG 8 S. 122 ff;
 - 6) BVerfG 8 S. 136/137;

dern. Im Bundesstaat hätten Bund und Länder die gemeinsame Pflicht zur Wahrung und Herstellung der grundgesetzlichen Ordnung in allen Teilen und Ebenen des Gesamtstaates (1); soweit der Bund nicht unmittelbar eingreifen könne, seien die Länder zur Mitwirkung verpflichtet.

Dies folge aus dem ungeschriebenen Satz über die Pflicht zu bundestreuem Verhalten. Dieser Grundsatz sei daher vom Land Hessen verletzt worden, als es ein Einschreiten im Wege der Kommunalaufsicht gegen die Gemeinden, die eine amtliche Volksbefragung ihrer Bürgerschaft über Atomwaffen beschlossen hatten, unterlassen habe (2). Damit scheint das Bundesverfassungsgericht eine positive Pflicht aus der Bundestreue entwickelt zu haben, was über unsere oben getroffenen Feststellungen hinausgeht, daß der Bundestreue ähnlich wie den rechtsstaatlichen Maximen überwiegend abwehrender Charakter zukomme (3). Es scheint auch im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selbst zu stehen, daß durch die Bundestreue kein selbständiges Rechtsverhältnis begründet werde (4), während hier aus der Bundestreue die rechtliche Verpflichtung des Landes gegenüber dem Bund begründet wird, von einer im Verhältnis zur Gemeinde bestehenden Befugnis Gebrauch zu ma-

-
- 1) diese Prämisse wird vom Bundesverfassungsgericht an anderer Stelle nahezu in ihr Gegenteil verkehrt, wenn man die Wahrung der Gesamtverfassung als grundsätzlich den Bundesorganen allein übertragen anspricht (BVerfG 13 S. 79), oder sollte zwischen der verfassungsmäßigen Ordnung und der "Gesamtverfassung" ein Unterschied bestehen?
 - 2) BVerfG a.a.O. S. 141; auf die weitere Folgerung, daß sich kein Teil einer Verpflichtung aus der Bundestreue unter Hinweis auf das bundesunfreundliche Verhalten entziehen könne, wird weiter unten (S. 227) eingegangen.
 - 3) vgl. oben S. 187 ff;
 - 4) vgl. BVerfG 13 S. 75;

chen (1). "Eine nach Landesrecht im Verhältnis zur Gemeinde im Ermessen der Behörde liegende B e - f u g n i s kann im Verhältnis zum Bund zur P f l i c h t des Landes werden"(2).

Betrachtet man diese Entscheidung auf ihren Gehalt zur Bundestreue hin, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die Berufung auf die Bundestreue als Rechtsinstitut des Bundesstaates nicht erforderlich ist, um eine solche Verpflichtung zu begründen. Auch hier genügen allgemeine Erwägungen der Ermessenslehre, um zum gleichen Ergebnis zu gelangen. Unterstellt man den Ausgangspunkt als richtig, daß Bund und Ländern gemeinsam die Wahrung und Herstellung der grundgesetzlichen Ordnung in allen Teilen und Ebenen des Gesamtstaates übertragen ist (3), so läßt sich ein Einschreiten des Landes gegen Gemeinden, die sich verfassungswidrig verhalten, bereits aus diesem Grundsatz begründen (4).

Soweit das Ermessen der Landesbehörden berührt ist, ergeben sich auch daraus keine Schwierigkeiten. Hier handelt es sich um die im allgemeinen Verwaltungsrecht bekannte Erscheinung, daß der Ermessensspielraum der Behörde soweit verengt werden kann, daß nur

1) BVerfG 8 S. 139;

2) BVerfG a.a.O. S. 138; Hervorhebung dort.

3) Diese Forderung wird vom Bundesverfassungsgericht nicht aus der Bundestreue hergeleitet, sondern nur die Mitwirkungspflicht der Länder an der Herstellung der grundgesetzlichen Ordnung;

4) Im Staatsrecht kann grundsätzlich von der Aufgabe auf die Befugnis geschlossen werden, da sich sonst die Staatsgewalt in ein Bündel von Einzelrechten auflösen würde, was im Widerspruch zur Auffassung von der Staatsgewalt als umfassend und geschlossen stände; vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 30 Rdz. 7;

noch eine einzige Entscheidung rechtmäßig ist (1).

Wenn den Ländern neben dem Bund die Wahrung der Gesamtverfassung übertragen ist und dem Land allein die rechtliche Möglichkeit des Einschreitens im Wege der kommunalaufsicht zusteht, schrumpft der Ermessensspielraum der Landesbehörden bei der Beurteilung der Frage, ob von der Kommunalaufsicht Gebrauch gemacht werden soll, auf Null zusammen, weil jedes andere Verhalten des Landes - etwa die Verweisung auf den nicht kompetenten Bund - rechtswidrig wäre, da hierdurch nicht der rechtmäßige Zustand hergestellt werden kann.

Hier wird die Rolle deutlich, die rechtsstaatlichen Grundsätzen im Bund-Länder-Verhältnis zukommt. Als Ermessensschränken können sie auch in den bundesstaatlichen Beziehungen den Spielraum der Entscheidungsinstanzen soweit einengen, daß nur noch eine einzige Entscheidung als rechtmäßig anzusehen ist. Damit läßt sich auch das Problem der Begründung positiver Pflichten im föderalen Bereich lösen.

Auch die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, daß die Bundestreue den Gebrauch von Kompetenzen in bestimmter Weise vorschreiben könne (2), läßt sich auf diese Weise erklären. Die rechtsstaatlichen Grundsätze engen auch im Bund-Länder-Verhältnis den Ermessensspielraum ein. Im Einzelfall kann er auf nur eine rechtmäßige Lösung zusammenschrumpfen, so daß der Gebrauch einer Befugnis nur noch in einer einzigen bestimmten Art und Weise rechtmäßig ist.

1) sog. "Ermessensschrumpfung", WOLFF Verwaltungsrecht Bd. 1 S. 176 f, BVerwG 11 S. 97;

2) BVerfG 21 S. 326, Hervorhebung nur hier;

d) Der Einfluß des allgemeinen Gleichheitssatzes auf das Procedere und den Stil von Verhandlungen

aa) Das "Fernsehurteil" und sein Gehalt zur Bundestreue

Mittels des allgemeinen Gleichheitssatzes kann die besonders stark umstrittene Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum procedere und Stil von Verhandlungen zwischen dem Bund und seinen Gliedern gelöst werden (1). Das Gericht fühlte sich veranlaßt, den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens auf diesen Bereich auszudehnen. Es sah den Verstoß der Bundesregierung gegen die Bundestreue in dem Umstand, daß sie es unterließ, unmittelbar mit allen Landesregierungen über ihren Plan zur Veranstaltung eines gemeinsamen Zweiten Fernsehprogramms von Bund und Ländern zu verhandeln (2), daß sie die Landesregierungen als verfassungsmäßige Organe eines Gliedstaates der Bundesrepublik Deutschland vor vollendete Tatsachen stellte, als die Landesregierungen einen Gegenvorschlag unterbreitet hatten und diese ein Eingehen darauf erwarten konnten, und daß der Bund eine Gesellschaft gründete, in der neben ihm ein "Treuhänder" für die Länder als Gesellschafter auftritt, wenn bereits feststeht, daß die Länder nicht willens sind, sich an der Gesellschaft zu beteiligen (3).

1) BVerfG 12 S. 205 f ("Fernsehurteil"), insbes. S. 255 ff. Auch an diesem Urteil fällt auf, daß es nicht des Rückgriffs auf die Bundestreue bedurft hätte, um die Verfassungswidrigkeit der "Deutschland-Fernseh-GmbH" zu begründen. Das Bundesverfassungsgericht stellt ausdrücklich fest, daß dem Bund keine Kompetenz hierfür zukommt und daher ein Verstoß gegen Art. 30 i.V.m. Art. 83 ff GG vorliegt (BVerfG a.a.O. S. 243-253). Zur Kritik vgl. auch SPANIER DÖV 1961 S. 485, HESSE Unitarischer Bundesstaat S. 7 f, ZEIDLER AöR 86 S. 370 und 399 ff, H.PETERS Rundfunk und Fernsehen S. 5 ff;

2) BVerfG 12 S. 257;

3) vgl. BVerfG a.a.O. S. 258;

Das Bundesverfassungsgericht läßt wiederum selbst den Gleichheitsgedanken in diese Entscheidung einfließen, indem es hervorhebt, daß die Länder in der Bundesrepublik den gleichen verfassungsrechtlichen Status besitzen und als Staaten im Verkehr mit dem Bund Anspruch auf "gleiche Behandlung" haben (1).

Wenn durch die Entscheidung zumindest der Eindruck entstehen kann, daß aus der Bundestreue der Anspruch auf gleiche Behandlung begründet wird - wozu der Wortlaut unmittelbar keinen Anhalt bietet (2) -, so wäre das ein unnötiger Umweg. Wird der gleiche Status aller Länder - hinsichtlich einer bestimmten Materie, wie man hinzufügen muß - vorausgesetzt, so verbietet bereits der allgemeine Gleichheitssatz, diesen Status durch unterschiedliche Behandlung anzutasten.

Das Verhalten des Bundes, der nur mit einzelnen - politisch gleichgestimmten - Landesregierungen verhandelte und die den Plänen der Bundesregierung oppositionell gegenüberstehenden Landesregierungen lediglich durch einen Ministerpräsidenten, der an den Verhandlungen mit der Bundesregierung teilgenommen hatte, informieren ließ, stellt daher eine Verletzung des aus dem gleichen Status der Länder abgeleiteten Rechts auf gleiche Behandlung dar. Auch hier wird eine Kongruenz zwischen der Bundestreue im bisherigen Verständnis und einem allgemeinen Rechtssatz sichtbar, der in enger Beziehung zum Rechtsstaat steht.

bb) Der Stil von Verhandlungen als Rechtsfrage?

Eine andere Frage ist es jedoch, ob man den "Stil von

1) BVerfG a.a.O. S. 255, BAYER Bundestreue S. 86 Fußn. 38 a.

2) BVerfG a.a.O. S. 255: "Sie sind Staaten, die im Verkehr mit dem Bund Anspruch auf gleiche Behandlung haben". Der Wortlaut läßt also vermuten, daß das Recht auf gleiche Behandlung bereits aus dem Staatscharakter der Länder fließt; vgl. auch KRÜGER Allgemeine Staatslehre S. 830;

Verhandlungen" überhaupt unter Gebote des Rechts stellen kann oder ob man sich damit nicht in den Bereich des Politischen begibt. SPANNER sieht darin eine Gefahr für die Freiheit der politischen Entscheidung des Bundes und der Länder (1), während HESSE eine rechtliche Beurteilung des Verhandlungsstils überhaupt für überflüssig hält, da Stil und procedere entweder zu einem von der Verfassung nicht gebilligten Ergebnis führen - dann erübrige es sich, den Stil einer rechtlichen Beurteilung zu unterwerfen - oder es komme ein verfassungsgemäßes Ergebnis zustande, dann komme es auf eine Kritik des politischen Stils nicht an (2).

Die Grenzziehung zwischen dem noch politischen und schon rechtlichen Bereich ist schwierig, wenn man nicht die politische Entscheidungsfreiheit in rechtlichen Normen ersticken will. Dennoch kann zumindest die Frage nach der Beteiligung der Länder an Verhandlungen mit dem Bund als Rechtsproblem auftauchen und muß mittels rechtlicher Maßstäbe gelöst werden können.

Dies ist dann der Fall, wenn im Bundesstaat die Regelung einer Materie gesucht wird, die Bund und Länder gemeinsam betrifft. Zu denken ist hier in erster Linie an die Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund und Ländern (3). Bei der Erfüllung von Aufgaben durch Bund und Länder kann bereits die Nichtbeteiligung eines oder mehrerer Länder an den Verhandlungen eine Rechtsverletzung darstellen, da ihnen verweigert wird, ihren rechtmäßigen Einfluß auf die Gestaltung des Fragenkomplexes geltend zu machen. Die Rechtsverletzung kann ohne Schwierigkeiten auf den allgemeinen Gleichheitssatz begründet werden, der es verbietet, einige Länder von den Verhandlungen auszuschließen, wenn al-

1) SPANNER DVV 1961 S. 483;

2) HESSE Unitarischer Bundesstaat S. 8;

3) vgl. hierzu TIEMANN Gemeinschaftsaufgaben S. 65 ff;

ale Gliedstaaten ein Recht auf Teilnahme haben.

Dieses Recht auf Teilnahme an Verhandlungen ergibt sich aus dem Umstand, daß die zur Regelung anstehende Materie a l l e Länder betrifft, wobei die Wertung, o b alle Länder betroffen werden, unter dem Gebot der sachlichen Erwägungen steht.

So wäre es im Fernsehstreit sicherlich eine unsachliche Argumentation gewesen, die gleichartige Betroffenheit aller Länder zu verneinen, weil einige von ihnen in politischer Opposition zur Bundesregierung standen.

Sind also alle Länder gleich betroffen, steht ihnen auch ein Recht auf Teilnahme an den Verhandlungen zu.

Auf die Bundestreue als bundesstaatliches Prinzip muß dabei nicht zurückgegriffen werden. Auch das Bundesverfassungsgericht begründet das Teilnahmerecht der Länder nicht mit dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens (1), sondern setzt dieses voraus - weil es alle Länder angeht - und leitet aus der Bundestreue lediglich das Verbot ab, die Länder unterschiedlich zu behandeln, etwa zu den Beratungen nur Vertreter der

-
- 1) Auf der gleichen Linie liegt bereits eine Aussage des Konkordatsurteils (BVerfG 6 S. 299 ff), in dem die Verpflichtung, ein Einvernehmen zwischen Bund und Ländern herzustellen, nicht aus der Bundestreue begründet wird. Obwohl das Gericht in dieser Entscheidung ausführlich auf die Bundestreue eingeht (BVerfG a.a.O. S. 360 ff), wird sie in der entscheidenden Passage nicht erwähnt: "Es muß dem Einvernehmen von Bund und Ländern a u f d e m B o d e n d e r G l e i c h o r d n u n g überlassen bleiben, im Falle einer Spannungslage zwischen Bundes- und Landesinteressen einen tragbaren Ausgleich zu schaffen" (S. 362; Hervorhebung nur hier).

Dazu muß angemerkt werden, daß 'Gleichordnung' nicht im Sinne des allgemeinen Gleichheitssatzes zu verstehen ist, sondern als das Verhältnis von Bund und Ländern im Raum, den die Verfassung nicht geregelt hat.

der Bundesregierung parteipolitisch nahestehenden Landesregierungen einzuladen (1). Dieses Ergebnis kann aber auch über den allgemeinen Gleichheitssatz gewonnen werden.

Soweit jedoch eine Beeinträchtigung von Rechtspositionen durch Verhandlungen nicht in Frage steht, muß eine Beurteilung des **V e r h a n d l u n g s s t i l s** aus der Sicht rechtlicher Normen ausscheiden, da sonst die Grenze zwischen Rechtsfragen und politischen Zweckmäßigkeitsfragen verwischt wird (2). Die weitreichenden Konsequenzen der gegenteiligen Ansicht, wie sie das Bundesverfassungsgericht zu vertreten scheint (3), würden zu einer Beschränkung der politischen Bewegungsfreiheit führen. SPANNER kommt sogar zu dem Ergebnis, daß bei einer Ausdehnung der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten auf Stil und procedere auch die politischen Parteien schon bei einer Diskussion von Verfassungsfragen zwischen Bund und Ländern der Bundestreue und damit der richterlichen Kontrolle unterworfen würden (4)!

Entscheidend für die Bundestreue als Rechtsinstitut kann nur die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Maßnahme sein. Begreift man das bundesfreundliche Verhalten als procedurale Verhaltenspflicht im Umgang von Bund und Ländern, so ist mit der eventuellen Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Verfahrens allein niemandem gedient, wenn nicht gleichzeitig ein verfassungswidriges Ergebnis vorliegt (5).

1) vgl. BVerfG 12 S. 256;

2) SPANNER DÖV 1961 S. 483;

3) BVerfG 12 S. 255;

4) SPANNER a.a.O. S. 484 (org. Art. 21 GG);

5) FUSS DÖV 1964 S. 39;

Der Fall, daß eine den Grundsätzen der Bundestreue widersprechende Verhaltensweise im procedere auch das Ergebnis selbst ergreift, dürfte ohnehin die Ausnahme sein (1); er läßt sich aber ebensogut mit anderen rechtlichen Konstruktionen lösen.

Es würde auch der grundsätzlichen Konzeption der Bundestreue oder rechtsstaatlicher Institutionen widersprechen, wollte man ein besonderes Recht auf "guten politischen Stil" aus ihnen herleiten. Damit würde der Grundsatz durchbrochen, der sowohl die bisherige Rechtsprechung zur Bundestreue als auch zu rechtsstaatlichen Prinzipien beherrscht, daß aus ihnen keine selbständigen Rechtsverhältnisse begründet werden können. Eine solche Verselbständigung würde es aber bedeuten, wenn man losgelöst von konkreten Rechtsverhältnissen eine allgemeine Rechtspflicht zu bundesfreundlichem Stil annehmen würde. Die Frage der Rechtmäßigkeit eines bestimmten proceduralen Vorgehens kann daher immer nur im Zusammenhang mit der weiteren Frage gesehen werden, inwieweit d u r c h ein bestimmtes Verhalten bei Verhandlungen die bestehende Rechtsposition beeinträchtigt wird. Eine davon losgelöste Beurteilung des Stils kann nicht durch rechtliche Normen gelöst werden (2). Unberührt hiervon bleibt die politische und

1) Der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts scheint eine aus dem Zivilrecht bekannte Erscheinung zugrundezuliegen, wo die Sittenwidrigkeit des Grundgeschäftes (§ 138 BGB) im Ausnahmefall auch das abstrakte Erfüllungsgeschäft ergreift, wenn gerade mit diesem der sittenwidrige Zweck verfolgt wird (vgl. RGZ 109 S. 201, 145 S. 152 ff.);

2) im Ergebnis ebenso: SPANNER DÖV 1961 S. 483, FUSS DÖV 1964 S. 39, BULINGER AöR 87 S. 494 f, SCHÄFER DVBL. 1962 S. 189 f f, ZEIDLER AöR 86 S. 401, RIDDER JZ 1962 S. 773, HESSE Unitarischer Bundesstaat S. 7/8, offengelassen wird diese Frage von LERCHE VVDStRL 21 S. 89 Fußn. 83; a.A. GEIGER Föderalistische Ordnung S. 124; unklar KRÜGER DÖV 1960 S. 280, der die Auswahl der Mittel durch "die auch im Bundesstaat gebotene comitas beschränkt" sieht.

moralische Verpflichtung eines fairen Verhaltens von Bund und Ländern.

cc) Verpflichtung zur Teilnahme an Verhandlungen

Die Frage, ob ein Land auch verpflichtet ist, an Verhandlungen teilzunehmen, ist bisher in der Praxis noch nicht aufgetaucht. Dennoch könnte sie sich einmal stellen, wenn ein Land sich weigert, an einer Konferenz teilzunehmen, auf der alle Länder in gleicher Weise betreffende Fragen behandelt werden sollen. Die Pflicht zur Teilnahme korrespondiert mit dem Recht auf Teilnahme. In der Beteiligung wird dieses Recht ausgeübt. Die Frage, ob dieses Recht ausgeübt werden soll, ist eine Ermessensentscheidung der jeweiligen Landesorgane, und wie bei jeder Ermessensentscheidung im Rechtsstaat sind sie auch hier an die allgemeinen Ermessensschränken gebunden, und es wäre ein rechtswidriger Ermessensfehlgebrauch, wenn das zuständige Organ aus unsachlichen oder willkürlichen Gesichtspunkten die Beteiligung verweigern würde.

Anders wäre es jedoch dann, wenn bereits die gemeinsame Konferenz aus unsachlichen Motiven stattfinden soll, z.B. um einen verfassungs- oder gesetzeswidrigen Plan zu verwirklichen. Dann kann dem die Teilnahme verweigern Land kein Ermessensmißbrauch vorgeworfen werden (1).

Zu diesem Fragenkomplex gehört auch die Stellung der Länder zum Bundesrat. Art. 50 GG bestimmt, daß die Länder durch den Bundesrat an der Gesetzgebung und

1) vgl. auch die Entscheidung BVerfG 1 S. 316 f, wonach die Verweigerung der Zustimmung zu einem konkreten Plan jedenfalls dann nicht auf unsachlichen Motiven beruht, wenn der Plan selbst unsachlich ist.

Verwaltung des Bundes mitwirken, wobei die Landesregierungen die Bundesratsvertreter entsenden (Art. 51 Abs. 1 GG). Gleichwohl handelt es sich bei dem Mitwirkungsrecht um ein solches des Landes als Bundesgliedstaat, nicht um ein Recht der Landesregierung (1) oder anderer Landesorgane. Dem Recht des Landes auf Beteiligung an der Willensbildung des Bundes entspricht die Verpflichtung, Vertreter in den Bundesrat zu entsenden (Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GG) (2). Die Nichtentsendung von Bundesratsvertretern durch ein Land - auch im Einzelfall, um etwa die Beschlußunfähigkeit des Organs herbeizuführen - kann daher nicht mit der Bundestreue gelöst werden (3), weil bereits ein Verstoß gegen die sich aus Art. 50 und 51 ergebende Rechtspflicht zur Teilnahme an den Ratssitzungen vorliegt (4).

dd) Kein Einfluß der Bundestreue auf Abstimmungen
im Bundesrat

Soweit die Abstimmungen im Bundesrat aus der Bundestreue rechtlichen Anforderungen unterworfen sein sollen, begegnet man der Auffassung, daß auch hier bei der Ausübung des Mitwirkungsrechts Schranken errichtet sein sollen. Dem bundesstaatlichen Rechtsgedanken entspreche am ehesten der Weg des Vergleichs, des gegen-

-
- 1) vgl. MAUNZ-DERIG Art. 50 Rdz. 6, v. LANGOLDT-KLEIN Art. 50 Anm. III 1 S. 1013;
 - 2) MAUNZ-DERIG Art. 51 Rdz. 14;
 - 3) So aber HERTL Treupflicht Diss. S. 24 und BAYER Bundestreue S. 81;
 - 4) Selbst wenn man mit ungeschriebenem Verfassungsrecht arbeitet, so würde sich die Rechtswidrigkeit eines solchen Verhaltens aus den rechtsstaatlichen Prinzipien im Zusammenhang mit dem Ermessensmißbrauch ergeben. Das setzt aber einen - von BAYER und HERTL unterstellten - Ermessensspielraum der Länder für die Frage voraus, ob Bundesratsvertreter entsandt werden sollen. Dies ist auf Grund der eindeutigen Vorschrift des Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GG nicht der Fall.

seitigen Nachgebens und der **einstimmigen** Beschlußfassung (1).

Das Prinzip der Einstimmigkeit ist grundgesetzlich durch das Mehrheitsprinzip verworfen worden (Art. 52 Abs. 3 Satz 1 GG) (2). Es ist daher für eine rechtliche Beurteilung unergiebig, aus der Bundestreue die Einstimmigkeit zu fordern, da sich daran keine verfassungsrechtlichen Folgen knüpfen können, es sei denn, man würde in Art. 52 Abs. 3 Satz 1 eine mit dem ungeschriebenen Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens in Widerspruch stehende verfassungswidrige Verfassungsnorm sehen (3)! Diese Konsequenzen wollen auch BAYER und HERTL offenbar nicht ziehen.

Auch soweit die Ausübung des Stimmrechts unter dem Gesichtspunkt der Bundestreue behandelt wird, lassen sich rechtliche Verpflichtungen und Bindungen nur in äußersten Grenzen aufweisen. BAYER sieht die Bindung der Stimmrechtsausübung im Bundesrat durch das Rechtsgebot

-
- 1) BAYER Bundestreue S. 81 (Hervorhebung dort) unter Berufung auf BILFINGER Einfluß S. 50;
 - 2) vgl. zum Mehrheitsbegriff des Art. 53 Abs. 3 Satz 1 GG MAUNZ-DÜRIG Art. 53 Rdz. 21;
 - 3) Auch mit dem allgemeinen Gleichheitssatz kann hier nicht gearbeitet werden. Wenn den Ländern auch im bundesstaatlichen Aufbau der gleiche Status zukommt, so kann für den Bundesrat nicht das Prinzip der Einstimmigkeit gefordert werden, weil die Verfassung in nicht zu beanstandender Weise das demokratische Prinzip der Mehrheitsentscheidung für ausschlaggebend erklärt.

der Bundestreue als erwiesen an (1). Das bedeutet offenbar die rechtliche Verpflichtung der Bundesländer, in einer bestimmten - bundesfreundlichen - Art und Weise abzustimmen mit ggf. allen verfassungsgerichtlichen Konsequenzen. Selbst wenn den Beschlüssen des Bundesrats nicht nur politischer (2), sondern auch rechtlicher Charakter zukommt, so steht den Ländern bei ihrer jeweiligen Entscheidung ein weiter Ermessensspielraum zu. Nur dort, wo die rechtsstaatlichen Ermessensschränken überschritten werden, wird die Frage nach einer rechtlichen Beurteilung der Abstimmung aktuell. Um die politische Willensbildung nicht in rechtlichen Normen zu ersticken, ist es erforderlich, die Ermessensschränken besonders weit zu ziehen. Wo eklatante Verletzungen rechtsstaatlicher Grundsätze zutage treten, kann eine Rechtskontrolle einsetzen, die sich aber in der Praxis als weitgehend illusorisch herausstellen dürfte, da ein Begründungszwang für die Art der Stimmabgabe im Bundesrat nicht besteht (3).

-
- 1) BAYER Bundestreue S. 82. Die angeführten Beispiele können aber nicht überzeugen, wobei die Beratung des Finanzausgleichsgesetzes von 1930 für die Bundestreue nach dem GG nicht ausschlaggebend sein kann.

Auch die bereits von HERTL Treupflichten Diss. S. 26 Fußn. 71 wiedergegebene Bemerkung des bayerischen Vertreters, daß man dem Kriegslastenfolgegesetz (1949) nur "im Interesse des Ganzen" zugestimmt habe, belegt nicht, daß sich dabei Bayern einer Rechtspflicht gebeugt habe, zumal bloße Interessen nicht Maßstab für die Beurteilung von Rechten und Pflichten sein können (vgl. dazu S. 246). Es dürfte sich daher um die Einsicht in die politische Notwendigkeit einer Regelung der Kriegsfolgekosten gehandelt haben.

Das dritte von BAYER angeführte Beispiel spricht für sich. Bei der Beratung über das Finanzausgleichsgesetz von 1958 appellierte der nordrhein-westfälische Ministerpräsident an die gegenseitige Treue der Länder und forderte die Herstellung eines Einvernehmens zwischen allen Beteiligten; jedoch ohne Erfolg (BAYER S. 82 Fußn. 29). Sollte das dennoch nur mit Stimmenmehrheit verabschiedete Gesetz deswegen verfassungswidrig sein (vgl. BGBl. 1959 Teil I S. 73 ff)?

- 2) zur politischen Funktion des Bundesrats vgl. MAUNZ Staatsrecht S. 338 f;
- 3) vgl. die Darstellung des Verfahrens bei NEUNREITHER S. 61 ff;

e) Gegenseitigkeit und sachliche Unabhängigkeit
der Bundestreupflichten

Die Verbindung des Gleichheitssatzes mit der Bundestreue wurde bereits im Konkordatsprozeß vorgenommen, wo die beklagten Länder unter Hinweis auf eine ihrer Ansicht nach gegebene Ungleichbehandlung der Bundesregierung das recht absprachen, von ihnen bundestreues Verhalten zu fordern.

Die Bundesregierung hielt einzelne schulrechtliche Bestimmungen des niedersächsischen Schulgesetzes (1) für unvereinbar mit dem Reichskonkordat (2) von 1933. Da sich der Bund als Rechtsnachfolger des deutschen Reichs weiterhin aus dem Konkordat gegenüber dem Heiligen Stuhl für verpflichtet ansah, fürchtete er eine Belastung seiner völkerrechtlichen Beziehungen, wenn sich die nach dem Grundgesetz für Schulfragen zuständigen Länder nicht an die Konkordatsbestimmungen hielten. Die Bundesregierung leitete aus dem Satz des bundesfreundlichen Verhaltens die Verpflichtung der Gliedstaaten ab, ihr Verhalten den rechtlich anerkannten Lebensinteressen des Bundes anzupassen, wozu auch die Ausübung der Beziehungen zu anderen Völkerrechtssubjekten und insbesondere der Anspruch auf Unterlassung von Handlungen der Gliedstaaten gehöre, die geeignet seien, den Bund dem Vorwurf mangelnder Vertragswürdigkeit auszusetzen (3).

Demgegenüber führte das Land Niedersachsen aus, daß die Mehrzahl der Länder in ihren Verfassungen oder Schulgesetzen Regelungen getroffen hätten, die vom Reichskonkordat in erheblich größerem Umfange Bedenken unter-

1) vgl. Antrag der Bundesregierung Konkordatsprozeß Bd. 1 S. 20;

2) vgl. den in Konkordatsprozeß Bd. 1 S. 1 ff wiedergegebenen Wortlaut;

3) vgl. Konkordatsprozeß Bd. 1 S. 29;

worfen werden könnten als das niedersächsische Schulgesetz (1). Gegen diese Länder habe aber der Bund nicht den Vorwurf der Verletzung der Bundestreue erhoben. "Bei der Geltendmachung der Bundestreue kann aber nicht mit zweierlei Maß gemessen werden" (2). Der Bund könne ein Land nur dann wegen angeblicher Verletzung der Bundestreue zur Rechenschaft ziehen, wenn er sich selbst in den Grenzen der ihm obliegenden Loyalität (= Bundestreue) halte.

Hier wurden zwei Fragen miteinander gekoppelt, die zu trennen sind.

Soweit das Nichteinschreiten des Bundes gegenüber anderen Ländern unter Berufung auf die Bundestreue als illoyal bezeichnet wird, handelt es sich tatsächlich um den Fragenkreis des allgemeinen Gleichheitssatzes. Soweit hier die Tatbestände in den anderen Bundesländern mit demjenigen Niedersachsens wesentlich übereinstimmen (3), wäre eine gleiche Behandlung der Länder zu verlangen.

Dies wird auch durch den Vortrag WEBERs in der mündlichen Verhandlung unterstrichen (4), der einen engen Zusammenhang der Bundestreue mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz herstellt. Der dem Bund zustehende Ermessensspielraum könne nicht soweit gehen, vom Bund aus eine völlig differenzierte Behandlung der einzelnen Länder

-
- 1) vgl. die Aufzählung der Länder in Konkordatsprozeß Bd. 1 S. 41. Zwei dieser Länder, Bremen und Hessen, sind dann auch an der Seite Niedersachsens dem Verfahren beigetreten; vgl. Konkordatsprozeß Bd. 1 S. 96 ff und S. 124 ff;
 - 2) Konkordatsprozeß Bd. 1 S. 41;
 - 3) Die Bundesregierung versuchte dann auch, diesen Einwand zu entkräften, indem sie Gründe für eine sachliche Differenzierung der Tatbestände in den übrigen Ländern gegenüber Niedersachsen aufzuzeigen versuchte (vgl. Konkordatsprozeß Bd. 1 S. 175);
 - 4) WEBER Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1606 f;

in einer so grundlegenden Frage vorzusehen. "Es kann nicht ein einzelnes Land unter Berufung auf Bundestreue unter Ausnahmerecht gestellt werden" (1).

Der andere Fragenkreis bezieht sich auf das Problem, ob ein Teil im Bundesstaat von dem anderen bundestreues Verhalten fordern kann, wenn er sich selbst bundesunfreundlich verhält. Dieses Problem stand auch im Streit um die Volksbefragung im Mittelpunkt (2). Dort hatte das Land Hessen behauptet, der Bund verletze seinerseits mit der atomaren Aufrüstung der Bundeswehr das Grundgesetz.

Hierzu führt das Bundesverfassungsgericht aus, daß der für Bund und Länder in gleicher Weise geltende Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens die Funktion habe, die aufeinander angewiesenen "Teile" des Bundesstaates, Bund und Länder, stärker unter der gemeinsamen Verfassungsordnung aneinander zu binden, ihm aber nicht die Aufgabe zukomme, das bundesstaatliche Gefüge zu lockern. "Deshalb kann sich kein Teil seiner Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten mit der Behauptung oder mit dem Nachweis entziehen, daß auch der andere Teil seiner Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten nicht nachgekommen sei" (3).

In dieser Feststellung kommt zunächst eine klare Absage an den Gedanken zum Ausdruck, daß die Bundestreue eine Art bundesstaatliche Vertragstreue sei (4). Würde man die Bundestreue als auf der Vertragstreue basierend ansehen, dann bedürfte es zumindest einer eingehenden Be-

1) WEBER a.a.O. S. 1607;

2) BVerfG 8 S. 122 ff;

3) BVerfG 8 S. 140;

4) Das Fehlen des sonst üblichen Hinweises auf *SEEND* in der Entscheidung Bd. 8 S. 122 ff ist vielleicht mehr als ein bloßer Zufall.

gründung, warum hier das jedem Vertrag innewohnende Element der Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1) oder des Zurückbehaltungsrechts im Bundesstaat nicht gelten soll (2).

BAYER zieht aus der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts den Schluß: Wenn gegenüber einer auf die Verletzung der Bundestreue gestützten Klage der Beklagte mit dem Einwand einer Verletzung der Bundestreue durch den Kläger *g r u n d s ä t z l i c h* (3) nicht gehört werden dürfte, so bliebe der *A u s g a n g* des *R e c h t s s t r e i t s* mehr oder minder dem Zufall überlassen, weil es dann darauf ankäme, wer die Klage zuerst erhebt.

Damit wird unterstellt, daß für die Entscheidung, ob der Beklagte die Bundestreue verletzt habe, die Frage von Bedeutung ist, daß der Kläger sich selbst bundestreu oder bundesuntreu verhalten habe. Gerade diese sachliche Abhängigkeit der Treupflichten von Bund und Ländern wird aber verneint. Sie würde im Grunde die Anerkennung eines bundesstaatlichen Vertragsverhältnisses bedeuten (4).

Die Frage der Gegenseitigkeit der Bundestreupflichten ist von der ihrer inneren Abhängigkeit voneinander zu trennen. Aus der Tatsache, daß Bund und Länder in gleicher Weise verpflichtet sind, sich einander die Treue zu halten, folgt nicht, daß für den einen Teil diese Pflicht entfällt, wenn der andere Teil sich treuwidrig verhält.

1) vgl. § 320 BGB;

2) vgl. auch MAUNZ Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1633, SCHULTE ebenda S. 1621;

3) BAYER Bundestreue S. 68, Hervorhebung dort;

4) BAYER a.a.O. S. 67 vergleicht dann auch diese Einrede mit der *exceptio non adimpleti contractus* des Bürgerlichen Rechts (§ 320 BGB).

Auf die Frage, ob der Beklagte in seinem Verfahren mit dem Einwand gehört werden könne, daß auch der Kläger die Bundestreue verletzt habe, kommt es daher nicht an, da ein solches Vorbringen am sachlichen Ergebnis nichts ändern würde. Dem Beklagten steht durchaus das Recht zu, seinerseits Klage mit dem Antrag zu erheben, daß der andere Teil ebenfalls seine Treupflichten verletzt habe.

Auch der von WEBER und SCHÜLE (1) gemachte Vorschlag, die Bundestreupflichten dann als innerlich abhängig voneinander zu betrachten, wenn zwischen ihnen ein "unmittelbarer Sachzusammenhang" (2) besteht, kann nicht weiterhelfen; da die weitere Frage, wann ein solcher unmittelbarer Sachzusammenhang gegeben sein soll, nicht beantwortet wird (3). Außerdem gibt die Lehre vom Sachzusammenhang nur Kriterien, die eine Eingrenzung des Problems erlauben, ohne jedoch selbst Regeln zur Lösung der auf einen engeren Kreis beschränkten Sachfragen anzubieten (4).

Aber auch ohne die Berufung auf eine bestimmte Funktion der Bundestreue - Bund und Länder stärker aneinander zu binden (5) - kann die Frage der Gegenseitigkeit und Unabhängigkeit der Bundestreupflichten beantwortet werden.

Löst man die Bundestreue in ein System rechtsstaatlicher Prinzipien auf und führt sie somit auf den Rechtsstaatsgedanken zurück, so ergibt sich die Antwort auf die Fra-

-
- 1) SCHÜLE Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1621 f;
 - 2) WEBER Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1606;
 - 3) so auch BAYER Bundestreue S. 69 und im Ergebnis MAUNZ Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1633;
 - 4) BAYER Bundestreue S. 69;
 - 5) BVerfG 8 S. 140. Es sei angemerkt, daß eine Begründung für diese Funktion vom Bundesverfassungsgericht nicht gegeben wird.

gen der Gegenseitigkeit und Abhängigkeit von selbst. Die Bundesrepublik will ein Rechtsstaat sein (Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 GG). Folglich sind die Hoheitsträger in gleicher Weise an die rechtsstaatlichen Regeln gebunden. Bund und Länder müssen daher unabhängig voneinander die aus dem Rechtsstaatsgedanken abgeleiteten Rechtssätze beachten. Wäre dies nicht der Fall, würde in kürzester Zeit jegliche rechtsstaatliche Ordnung beseitigt. Könnte sich ein Land darauf berufen, daß der Bund nicht rechtsstaatlich gehandelt habe und es selbst deswegen rechtsstaatswidrig handeln dürfte, käme es zu der unabdingbaren Folgerung, daß Unrecht mit Unrecht beantwortet würde. Der Unrechtsstaat wäre an die Stelle des Rechtsstaats getreten. Damit ist auch der Nachweis erbracht, daß die sogen. "Gegenseitigkeit der Bundestreue" auch ohne Rekurs auf - nicht nachgewiesene - Funktionen des bundesfreundlichen Verhaltens besteht.

§ 27

2. Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit

a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit am Beispiel des Rundfunkwesens

Im "Fernsehurteil" (1) hat das Bundesverfassungsgericht die Auffassung vertreten, daß es mit der Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten unvereinbar wäre, wenn der Bund von seinen Verwaltungskompetenzen auf dem Gebiet des Post- und Fernmeldewesens (Art. 87 Abs. 1 i. V.m. Art. 73 Nr. 7 GG) zur Regelung der sog. "Leitungstechnik" in der Weise Gebrauch machen würde, die darauf hinausliefe, den bestehenden (Länder-)Rundfunkanstalten

1) BVerfG 12 S. 205 ff;

das Verfügungsrecht über ihre Sendeanlagen zu entziehen oder sie nicht in gebührender Weise zu berücksichtigen (1).

Ausgangspunkt in dieser Frage ist die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern für die Veranstaltung von Rundfunksendungen (2) und für das Fernmeldewesen (3). Dem Bund kommt nach den Vorschriften des Grundgesetzes die Kompetenz für die Regelung des Fernmeldewesens unter dem Gesichtspunkt der Sendetechnik zu, während die Länder gem. Art. 30 GG die Befugnis zur Veranstaltung von Rundfunksendungen haben. Da letzteres nur dann zu verwirklichen ist, wenn der Bund die hierfür notwendigen technischen Voraussetzungen schafft, stehen Bund und Länder in einem Abhängigkeitsverhältnis. Wenn der Bund von seiner Kompetenz auf dem Gebiet des Fernmeldewesens Gebrauch macht, sind die Länder als Träger der Rundfunkhoheit davon unmittelbar betroffen, da sie der Sendetechnik bedürfen, um ihre Kompetenz effektiv wahrnehmen zu können.

Daher gebietet das Bundesverfassungsgericht dem Bund, von seiner Befugnis in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des bundesfreundlichen Verhaltens Gebrauch zu machen, wobei eine ungebührende Berücksichtigung bei der Zuteilung von Sendefrequenzen oder die Entziehung des Verfügungsrechts über die Sendeanstalten mit diesem Grundsatz in Widerspruch stände.

Zu dem gleichen Ergebnis führt aber auch die Anwendung der Grundsätze des Übermaßverbots. Führt die Ausübung einer Bundeskompetenz zu einer Beeinträchtigung von Länderbefugnissen, so hat der Bund nach dem Grundsatz

1) BVerfG a.a.O. S. 249/250;

2) Darunter fallen sowohl Ton- als auch Fernsehgrundfunk, BVerfG a.a.O. S. 226;

3) Unter Fernmeldewesen versteht das Bundesverfassungsgericht die Übermittlung sendefertiger Ton- und Bildsignale durch Leitungen oder Funk, deren Ausstrahlung und Empfang (BVerfG a.a.O. S. 227);

der Verhältnismäßigkeit von seiner Befugnis Gebrauch zu machen. Das bedeutet im Bereich des Fernmeldewesens, wo er auf die Gestaltung der Sendetechnik beschränkt ist, daß er seine Maßnahmen auf diesen verfassungsrechtlich bestimmten Zweck begrenzen muß und die Verfolgung eines anderen Ziels - etwa die Beschränkung der Länderkompetenzen zur Veranstaltung von Rundfunksendungen - als unverhältnismäßig gelten würde.

Ebenso kann hier der Grundsatz der Erforderlichkeit zum Zuge kommen. Wenn durch das Gebrauchmachen von einer Bundeskompetenz (Fernmeldewesen) gleichzeitig in eine Länderkompetenz (Rundfunkhoheit) eingegriffen wird, so muß der Bund seine Kompetenz in einer Weise ausüben, die im Länderbereich die geringsteinschneidenden Folgen hervorruft. Die Gestaltung des Fernmeldewesens in einer Weise, die den Ländern die Erfüllung ihrer Aufgaben auf dem Gebiet der Veranstaltung von Rundfunksendungen unmöglich macht, wäre auf jeden Fall ein Verstoß gegen das Übermaßverbot und damit rechtswidrig. Auf diese Weise lassen sich auch alle Zwischenstufen eines Eingriffs des Bundes in die Länderzuständigkeit bei der Ausübung seiner Kompetenzen erfassen. Er hat von den ihm nach dem Grundgesetz eingeräumten Rechten in einer Weise Gebrauch zu machen, die Befugnisse der Länder in dem geringstmöglichen Maß beeinflusst.

b) Die Auswirkungen von Länderregelungen über den räumlichen Bereich des Landes hinaus

Hier können auch die wiederholten Aussagen des Bundesverfassungsgerichts eingeordnet werden, nach denen es die Bundestreue den Ländern gebietet, bei gesetzlichen Regelungen, deren Auswirkungen sich nicht auf den Raum des Landes beschränken, Rücksicht auf die Interessen

des Bundes und der übrigen Länder zu nehmen (1). Betrachtet man dieses Gebot unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, so erreicht man das gleiche Ergebnis und kommt darüber hinaus zu einer Präzisierung. Wenn die Ausübung einer dem Land zustehenden Kompetenz ihrer Natur nach gleichzeitig ein oder mehrere andere Bundesländer oder den Bund beeinträchtigt, so verlangt das Übermaßverbot von dem Bundesland, eine Gestaltung zu wählen, die zu der geringstmöglichen Beeinflussung des Bundes oder der anderen Länder führt. Jede Einwirkung über das unbedingt erforderliche Maß hinaus würde die landesrechtliche Regelung als im Widerspruch zum Übermaßverbot stehend rechtswidrig werden lassen und hätte daher zu unterbleiben.

Übermäßig und daher rechtsstaatswidrig wäre eine Regelung auf jeden Fall dann, wenn ihre Auswirkungen in einem anderen Bundesland oder im Bund die Folge hätten, daß der Kompetenzträger von seiner eigenen Befugnis keinen Gebrauch mehr machen könnte, weil ihm dies durch die einzelne landesrechtliche Regelung praktisch unmöglich gemacht worden ist.

c) Abgrenzung von Zuständigkeitsfragen

Das Problem grenzt eng an die Frage der Zuständigkeitsüberschreitung an, ist aber mit dieser nicht identisch. Das gegen die Grundsätze des Übermaßverbots verstößende Land nimmt e i g e n e Rechte wahr und will auch in der Regel (2) nicht Befugnisse eines anderen Landes oder des Bundes ausüben. Die Ausgestaltung seiner eigenen Regelung zeitigt aber praktische Auswirkungen im Zu-

1) Grundlegend in BVerfG 4 S. 140, vgl. auch BVerfG 12 S. 254;

2) Soweit ein Land absichtlich die Rechte eines anderen Landes oder des Bundes ausüben will, liegt bereits ein subjektiv unzulässiger Ermessensmißbrauch vor.

ständigkeitsbereich anderer Kompetenzträger (1). Auf diese Weise kommt es zu einer Beeinträchtigung deren Rechtsposition, der durch das Übermaßverbot begegnet werden kann.

Man wird dem nicht entgegenhalten können, daß damit die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit auf unzulässige Weise auf Tatbestände ausgedehnt werden, für die sie nicht gedacht sind. In der Tat liegen hier die Verhältnisse etwas anders als bei dem allgemeinen Vorstellungsbild, das sich an das Übermaßverbot knüpft. Die rechtsstaatlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit sind in erster Linie zugeschnitten auf den unmittelbaren, gezielten Eingriff in Rechtspositionen (2). Dort, wo der Staat bewußt gegen einen Rechtsträger vorgeht und ihn in seinen Rechten beeinträchtigt, hat er sich ein größtmögliches Maß an Beschränkungen aufzuerlegen. Sie sind jedoch nicht auf diesen Bereich begrenzt.

Hier wird eine parallele Entwicklung zu den Grundrechtseinschränkungen sichtbar, die durch unmittelbar eingreifende Normen als auch durch mittelbar eingreifende Normen begrenzt werden (3). Auch dort ist die Anwendbarkeit des Übermaßverbotes nicht auf die unmittelbaren Eingriffe beschränkt, sondern erfaßt auch die Zonen der mittelbaren Rechtsbeeinträchtigung. Der engere Begriff des Eingreifens in Rechtspositionen wird erwei-

1) z.B. ein Bundesland staut die in eine Bundeswasserstraße Art. 89 GG einmündenden Flüsse zur Sicherung seiner Elektrizitätsversorgung; die Bundeswasserstraße verlandet hierdurch. Hier würde der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebieten, die Errichtung und den Betrieb der Stauwerke in der Weise vorzunehmen, daß der Schiffsverkehr auf der Bundeswasserstraße nicht beeinträchtigt wird.

2) vgl. dazu LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 106 und S. 154 f;

3) vgl. LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 106 f, 112;

tert zu dem allgemeineren des "Eindringens in Rechtsbezirke" (1). Gerade auch durch Reflexwirkungen können erhebliche (Grund-)Rechtsbeeinträchtigungen erfolgen, so daß diese Zone ebenfalls durch das Übermaßverbot erschlossen wird.

Nicht anders liegt es im Bund-Länder-Verhältnis, wenn durch die Ausübung einer bestehenden Kompetenz sachliche Auswirkungen im Rechtsbereich eines anderen Teils des Bundesstaates hervorgerufen werden. Auch hier kann das Übermaßverbot hemmend und begrenzend eingreifen.

Damit wird ein weiterer Grundsatz der Bundestreue nach herkömmlicher Auslegung durch ein rechtsstaatliches Prinzip abgelöst, das gegenüber der allgemeinen Forderung nach Rücksichtnahme auf die Interessen der anderen Länder und des Bundes (2) zugleich konkrete Maßstäbe liefert, an denen gemessen werden kann, in welchem Ausmaß eine einzelstaatliche Regelung noch zulässig ist oder bereits in mehr als erforderlicher Weise in den Rechtsbereich eines anderen Landes oder des Bundes übergreift.

3. Der Bereich der Finanzverfassung

- a) Weitgehende Irrelevanz der Bundestreue (Art. 109 GG)

Bewußt wurde darauf verzichtet, die Urteile des Bundesverfassungsgerichts, in denen die Rücksichtnahme auf die Interessen des Bundes und der Länder aus der Bundestreue begründet wurde, in deren sachbezogenem Zusammenhang mit den Fragen der Finanzverfassung zu stellen.

1) LERCHE a.a.O. S. 261 f;

2) BVerfG 4 S. 140;

Im Verfahren nach § 32 BVerfGG hatte die Bundesregierung beantragt, den Ländern Bayern und Hessen die geplante Auszahlung einer Weihnachtswendigung an den öffentlichen Dienst zu untersagen. Das Bundesverfassungsgericht lehnte zwar den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab (1), fügte aber in der Begründung hinzu, daß die Landesregierungen bei ihren weiteren Entschlüssen über die Gewährung von Weihnachtswendigungen Bundestreue wahren und auf den Ausgleich ihres Haushaltes als eines Teilbereichs des gesamten Finanzgefüges von Bund und Ländern achten müßten (2).

Gleichfalls um die Auswirkungen besoldungsrechtlicher Fragen auf andere Bundesländer und den Bund ging es im Urteil zum nordrhein-westfälischen Besoldungsgesetz (3), in dem das Gericht ausführte, daß die Bundestreue dem Land gebiete, wenigstens so viel Rücksicht auf die Besoldungsverhältnisse im Bund und in den anderen Bundesländern zu nehmen, "daß eine Erschütterung des gesamten Finanzgefüges von Bund und Ländern vermieden wird" (4).

In diesem Zusammenhang steht auch die vom Bund gegen das Land Hessen erhobene Klage wegen des von Hessen verabschiedeten Richterbesoldungsgesetzes (5), das eine Umgestaltung der Richterbesoldung vorsieht zu einem Zeitpunkt, in dem außerdem der Bund einen Gesetzentwurf zur Richterbesoldung berät.

Um eine gegenseitige Rücksichtnahme von Bund und Ländern bei der Haushaltsgestaltung zu begründen, braucht zumindest seit der Verfassungsänderung von 1967 (6)

1) BVerfG 3 S. 47 f;

2) BVerfG 3 S. 57;

3) BVerfG 4 S. 125 ff;

4) BVerfG a.a.O. S. 140;

5) vgl. ZRP 1970 S. 93;

6) BGBl. 1967 I S. 581;

nicht mehr auf ungeschriebenes Verfassungsrecht zurückgegriffen werden. Mit der Einführung der Abs. 2 bis 4 in Art. 109 GG wird eine weitgehende Verpflichtung zu gegenseitiger Abstimmung verfassungsrechtlich positiviert. In Art. 109 Abs. 2 GG wird die gegenseitige Verpflichtung von Bund und Ländern, bei der Gestaltung ihrer - grundsätzlich immer noch unabhängigen, Art. 109 Abs. 1 GG - Haushaltswirtschaften auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht Rücksicht zu nehmen, vorgeschrieben (1).

Damit bedarf es in diesem Bereich auch nicht mehr der Bundestreue nach herkömmlichem Verständnis, um dieses Ergebnis zu erzielen (2).

Auch soweit bereits vor der Einführung des Art. 109 Abs. 2 GG eine Pflicht zu gegenseitiger Abstimmung von Bund- und Länderhaushalten anerkannt war, stand die Bundestreue für diese Frage im Hintergrund (3). Als entscheidend wurden die Gesichtspunkte einer einheitlichen Staatsfinanzwirtschaft angesehen (4) und damit in Art. 109 n.F. GG die in der Theorie seit langem erkannte Interdependenz zwischen Wirtschaft und öffentlichem Haushalt verfassungsrechtlich konstatiert (5). Aus den zahlreichen Einzelkompetenzen des Bundes (6) und der Fassung des Art. 109 (a.F.) GG,

-
- 1) zu Art. 109 n.F. GG und dem allgemeinen Verfassungsverständnis vgl. WAGNER DÖV 1968 S. 604 ff;
 - 2) vgl. auch SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN Art. 109 Rdz. 2;
 - 3) Wenn PATZIG DVBl. 1966 S. 675 auf die Bundestreue eingeht, ist sie für ihn Prüfungsmaßstab für Art. 109 n.F. GG, nicht aber Rechtsgrundlage.
 - 4) vgl. ZUCK JZ 1967 S. 694;
 - 5) STERN NJW 1967 S. 1831 und S. 1837, vgl. auch PATZIG DVBl. 1966 S. 672 und S. 678, STERN DÖV 1967 S. 657 ff, EMMERICH JuS 1968 S. 194, MAUNZ-DÜRIG Art. 109 Rdz. 4;
 - 6) vgl. Art. 73 Nr. 4, Nr. 5; Art. 74 Nr. 5, Nr. 12, Nr. 16; Art. 105, 106 GG;

der nur von einer getrennten H a u s h a l t s - wirtschaft (1) spricht, geht hervor, daß das Grundgesetz stets von einer einheitlichen Staatsfinanzwirtschaft ausging (2).

Spielte also die Bundestreue nach herkömmlicher Auffassung für die Einführung einer gegenseitigen Abstimmungspflicht zwischen Bund und Ländern in ihren Staatshaushalten kaum eine Rolle, so mußte sie für die Frage der inhaltlichen Konkretisierung ganz versagen, da die Verpflichtung, dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht Rechnung zu tragen (Art. 109 Abs. 2 GG), bereits erheblich weiter geht und präziser ist (3), als die Forderung der Bundestreue, auf die gegenseitigen Interessen Rücksicht zu nehmen und eine Erschütterung des gesamten Finanzgefüges zu vermeiden (4).

Es verwundert daher gar nicht, wenn zur näheren Präzisierung des Art. 109 Abs. 2 GG sowie des zusammen mit der Verfassungsänderung ergangenen Stabilitätsgesetzes rechtsstaatliche Prinzipien herangezogen werden und auf die Berufung zur Pflicht bundesfreundlichen Verhaltens gänzlich verzichtet wird. Die dem Bund eingeräumten Be-

-
- 1) Darin wird nur die kassentechnische und rechnerische Selbständigkeit der Haushalte erblickt. Art. 109 a.F. GG wollte nur besagen, daß zwischen den einzelnen Haushalten kein formeller Zusammenhang bestehen sollte, ohne eine Aussage über die inhaltliche Gestaltung zu machen; vgl. PATZIG DVBl. 1966 S. 676, MAUNZ-DÜRIG Art. 109 Rdz. 3;
 - 2) PATZIG DVBl. 1966 S. 678, vgl. auch BVerfG 1 S. 131;
 - 3) Das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht liegt dann vor, wenn bei starkem Wirtschaftswachstum Vollbeschäftigung und stabile Preise gesichert bleiben (sog. "magisches Dreieck", von dem auch § 1 des Stabilitätsgesetzes ausgeht). Vgl. PATZIG DVBl. 1966 S. 672, STERN DÖV 1967 S. 657, NEUMARK Finanzarchiv Bd. 19 n.F. S. 51, der die genannten Axiome als Orientierungspunkte für die "Fiscal Policy" herausstellt.
 - 4) vgl. BVerfG 4 S. 140;

fugnisse (1) dürfen nur dann ausgeübt werden, wenn eine wesentliche Beeinträchtigung des volkswirtschaftlichen Gleichgewichts vorliegt (= Störung i.S. des Art. 109 GG und des Stabilitätsgesetzes) (2). Da die Eingriffsmittel bereits festgelegt sind (3), kann der Begriff der wesentlichen Beeinträchtigung durch sie im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit bestimmt werden. Danach liegt eine wesentliche Beeinträchtigung vor, wenn der Einsatz der Mittel erforderlich ist (4). Auf diese Weise können die Grundsätze des Übermaßverbots hier zur Entscheidung des "Ob" eines Eingreifens des Bundes herangezogen werden, da das "Wie" verfassungsrechtlich und bundesgesetzlich festgelegt ist (5).

b) Finanzausgleich zwischen Bund und Ländern

aa) Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung

Von den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zur Bundesstreue ist bislang noch nicht die - zeitlich gesehen - erste Entscheidung auf diesem Gebiet erörtert worden (6), in der zum bundesstaatlichen Finanzausgleich

-
- 1) vgl. Art. 109 Abs. 3 und 4 und § 1 ff Stabilitätsgesetz, vgl. auch STERN NJW 1967 S. 1836 und 1837 zur Integration der freiheitlich-demokratischen Kräfte des Rechtsstaats in den Staatstypus; s. auch ders. DÖV 1967 S. 659;
 - 2) vgl. ZUCK DÖV 1967 S. 803, EMMERICH JuS 1968 S. 195;
 - 3) vgl. Art. 109 Abs. 3 und 4 GG und Stabilitätsgesetz §§ 18, 22, 9, 11, 14, die das Bund-Länder-Verhältnis betreffen.
 - 4) vgl. ZUCK DÖV 1967 S. 805, der zutreffend darauf hinweist, daß dies kein Zirkelschluß ist, da eine Größe in dieser Überlegung bereits feststeht: die Eingriffsmittel.
 - 5) vgl. auch die bei ZUCK a.a.O. S. 803 wiedergegebene Auffassung des Rechtsausschusses des Bundesrats, wonach der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Schwelle für ein Eingreifen des Bundes anheben soll.
 - 6) BVerfG Urteil vom 20.2.1952 Bd. 1 S. 117 ff;

Stellung genommen wird (1). Das Gericht führte aus, daß das bundesstaatliche Prinzip nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten begründe; eine dieser Pflichten bestehe darin, daß die finanzstärkeren Länder den schwächeren in gewissen Grenzen Hilfe zu leisten hätten (2).

An dem Ausdruck "bundesstaatliches Prinzip" muß in dieser Entscheidung nicht Anstoß genommen werden; er ist lediglich eine Umschreibung für die Bundestreue, wie das Bundesverfassungsgericht durch die Einreihung dieses Urteils in die Entscheidungen zur Bundestreue erkennen läßt (3).

Danach wird die Rechtsgrundlage für einen Finanzausgleich im Bundesstaat in der Bundestreue gesehen, was zur Folge hat, daß die Zahlung einer Finanzhilfe an finanzschwache Länder eine Erfüllung der Bundestrepflicht darstellt. Würde die Verfassung eine solche Pflicht nicht ausdrücklich normieren, könnte sie aus dem bundesstaatlichen Prinzip abgeleitet werden.

Damit wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Bundestreue in sich selbst widersprüchlich. In den späteren Entscheidungen wird wiederholt betont, daß die Bundestreue keine selbständigen Rechte und Pflichten zwischen Bund und Ländern begründen könne, sondern wechselseitige Rechte und Pflichten v o r - a u s s e t z e (4). Das Urteil zum Finanzausgleich

1) angegriffen wurde das Finanzausgleichsgesetz für das Rechnungsjahr 1950 und die Erste Durchführungsverordnung hierzu; vgl. BVerfG a.a.O. S. 118;

2) BVerfG a.a.O. S. 111;

3) vgl. BVerfG 3 S. 315, wonach "dem bundesstaatlichen Prinzip die verfassungsrechtliche Pflicht entspricht, daß die Glieder des Bundes sowohl einander als auch dem größeren Ganzen und der Bund den Gliedern die Treue halt; S. 320 ff. S. 324;

4) BVerfG 15 S. 75 f, 21 S. 326;

steht in Widerspruch mit diesen späteren Erkenntnissen, wo die akzessorische Funktion dieses Rechtsinstituts unterstrichen wird; die Begründung einer Verpflichtung zu horizontalem Finanzausgleich ohne Grundlage in der geschriebenen Verfassung bedeutet nämlich nichts anderes als die Schaffung selbständiger Rechte und Pflichten.

Es geht auch nicht an, den Bundesstaat allgemein als ein "bestehendes Rechtsverhältnis" anzusehen (1), in dem die Bundestreue Rechte und Pflichten verdeutlicht. Damit würde die Bundestreue zum Instrument, mit dem sich jede positive verfassungsrechtliche Regelung des Bund-Länder-Verhältnisses aus den Angeln heben ließe. Das Rechtsverhältnis im "Bundesstaat" abstrakt (2) zu betrachten und es über die geschriebene Verfassung zu setzen, statt es aus der Verfassung heraus zu begreifen, erlaubt dann über das Vehikel Bundestreue nahezu alle Eingriffe in das Grundgesetz, so daß es überflüssig würde (3). Ebensovienig wie aus dem bloßen Begriff des Bundesstaates die konkrete staatsrechtliche Ordnung von Bund und Ländern zu entwickeln ist, kann dies über eine aus diesem Bundesstaatsbegriff abgeleitete Bundestreue.

Die Entscheidung zum Finanzausgleich muß als widersprüchlich mit der vom Bundesverfassungsgericht selbst entwickelten Lehre zur Bundestreue angesehen werden. Sie kann daher auch nicht für eine Beweisführung zur Bundestreue nach herkömmlichem Verständnis herangezogen werden.

1) so deutet THIEME AöR 88 S. 67 die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts!

2) vgl. dazu oben S. 63 ff die verschiedenen Auffassungen zum Bundesstaat.

3) so im Ergebnis BAYER Bundestreue S. 71 Fußn. 79 für die Kompetenzverteilung.

gen werden (1).

- bb) Die konkrete Gestaltung des Finanzausgleichs in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Soweit das Gericht an die Ausgestaltung des Finanzausgleichsgesetzes bundesstaatliche Maßstäbe anlegt und erklärt, daß ein Verstoß gegen das bundesstaatliche Prinzip dann in Betracht käme, wenn der im Gesetz vorgesehene Ausgleich die Leistungsfähigkeit der gegebenen Länder entscheidend schwächen oder zu einer nivellierung der Länderfinanzen führen würde (2), so bedeutet dies nichts anderes als die Anwendung des Übermaßverbots.

BAYER stimmt der Entscheidung zu, da klargestellt werde, daß eine Durchbrechung des Gebots der Bundestreue allenfalls dort gegeben sein soll, wo die ins Auge gefaßte gesetzliche Regelung einzelne Länder u n v e r - h ä l t n i s m ä ß i g stark belastet (3) und deshalb mit dem föderalistischen Gedanken einer eigenständigen Haushaltsführung nicht mehr zu vereinbaren sei (4). Damit wird als Ansatzpunkt ganz deutlich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in die Wertung eingeführt; die Bundestreupflicht bedeutet auch hier nichts anderes als die Beachtung des Übermaßverbots.

-
- 1) Gegen die Begründung der Verpflichtung zum horizontalen Finanzausgleich aus der Bundestreue auch GORG Festschrift Herrfahrdt S. 75 ff, SCHEUNER DÖV 1962 S. 646;
a.A. THIEME AGR 88 S. 68;
- 2) BVerfG 1 S. 151;
- 3) BAYER Bundestreue S. 84; Hervorhebung nur hier;
- 4) das letztgenannte Argument hat an Stichhaltigkeit seit der Einführung des Art. 109 Abs. 2 GG erheblich eingebüßt.

4. Die Bundestreue als rechtsstaatliches Gebot im Bund-Länder-Verhältnis

Nach der Durchsicht der Fälle, in denen die Bundestreue nach herkömmlichem Verständnis Anwendung fand, läßt sich feststellen, daß - mit einer irrelevanten Ausnahme (1) - rechtsstaatliche Prinzipien in gleicher Weise anwendbar gewesen wären. Teilweise wird für die Begründung eines konkreten Rechtssatzes aus der Bundestreue der Gleichheitssatz oder das Übermaßverbot direkt herangezogen und damit zur eigentlichen Entscheidungsgrundlage erhoben, teilweise sind aus dem bundesfreundlichen Verhalten abgeleitete Rechtssätze durch rechtsstaatliche Grundsätze zu ersetzen.

Damit ist unsere Ausgangsthese erhärtet, die zwischen der Bundestreue und dem rechtsstaatlichen Gedankengut eine Verbindung herstellen wollte. Die Parallelität von Funktion, Zielsetzung und Rechtscharakter beider Institute erwies sich im konkreten Anwendungsfall als so weit übereinstimmend, daß von einer Deckung der Bundestreue nach herkömmlichem Verständnis mit rechtsstaatlichen Grundsätzen im Bund-Länder-Verhältnis gesprochen werden kann. Die Bundestreue ist daher mit dem Rechtsstaatsgebot, soweit es im föderalen Bereich anwendbar ist, identisch.

Dies erlaubt uns, die Bundestreue dahingehend zu bestimmen, daß sie Bund und Ländern gebietet, sich in ihrem Verhältnis zueinander in Übereinstimmung mit den rechtsstaatlichen Geboten zu handeln. Hierzu zählen der allgemeine Gleichheitssatz, die Grundsätze der Bestimmtheit, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit.

1) BVerfG 1 S. 117 ff;

II. Folgerungen aus der Bestimmung der Bundestreue als rechtsstaatliches Gebot zwischen Bund und Ländern

1. Ablösung des Prinzips der Interessenwahrung

Aus dem akzessorischen Charakter der Bundestreue nach herkömmlichen Verständnis und der rechtsstaatlichen Grundsätze folgt, daß ihre Anwendbarkeit nur im Zusammenhang mit Rechtspositionen in Frage stehen kann. Da sie keine selbständigen Rechtsverhältnisse begründen können, beschränken sich die Auswirkungen der Grundsätze bei der Inanspruchnahme bestehender Rechte und bei Eingriffen in bestehende Rechtspositionen. Daher ist eine Verpflichtung zur gegenseitigen Rücksichtnahme auf bloße Interessen nicht gegeben. Die Bundestreue als Rechtssatz, der die Pflicht des Gesamtstaates und der Glieder begründet, "in ihrem Verhalten den gemeinsamen Interessen Rechnung zu tragen" (1), ist schon nach dem Verständnis des Bundesverfassungsgerichts von bundesfreundlichem Verhalten als akzessorisches Rechtsinstitut nicht anzuerkennen. Erst dort, wo sich die Interessen zu Rechtspositionen verdichtet haben, kann die Bundestreue relevant werden. Eine Vermengung der Begriffe Interessen und Rechte muß zur Uferlosigkeit führen. Entscheidend ist die Frage, wo das Grundgesetz "Interessen" zu handfesten Kompetenzen und subjektiven Rechten verfestigt hat (2). Ansätze

1) BAYER Bundestreue S. 52, KRÖGER Festschrift E.Kaufmann S. 240: Die Treupflicht binde die Länder, die Interessen des Bundes zu wahren; ZITZELSBERGER Diss. S. 155: Rücksicht auf das Gesamtwohl; SCHULE Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1619; HERTL Diss. S. 23; Antrag der Bundesregierung vom 12. März 1955 im Konkordatsprozeß, Bd. 1 S. 29;

2) so FUSS DÖV 1964 S. 40;

hierzu zeigen sich in der Rechtsprechung des Gerichts selbst, wenn es im Neugliederungsstreit (1) feststellt, daß die wechselseitigen **r e c h t l i c h e n** Beziehungen bestehen oder durch Verhandlungen begründet werden müssen, Art. 29 GG aber die Neugliederung des Bundesgebietes allein in die Hand des Bundes lege und ihm daher gerade keine Rücksichtnahme auf die Interessen der bestehenden Länder auferlegt sei (2). "Hätte das Gericht doch getrost zugegeben, daß die Länderinteressen zwar durch die Neugliederung empfindlich berührt werden, daß die Verfassung den Ländern aber **k e i n e** einschlägigen **R e c h t e** zuerkennt" (3). Auf der gleichen Linie liegt das Konkordatsurteil, wo dem Bund die verfassungsrechtliche Möglichkeit abgesprochen wurde, seine **I n t e r e s s e n** gegenüber den allein zuständigen Ländern durchzusetzen (4). Der Beitritt des Landes Rheinland-Pfalz zum Verfahren gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 GG, in dem Hessen die Feststellung begehrte, der Bund habe durch die Unterlassung einer Neugliederung des Bundesgebietes u.a. die Bundestreue ver-

1) BVerfG 13 S. 54 ff;

2) BVerfG a.a.O. S. 75;

3) FUSS DÖV 1964 S. 40 Fußn. 25, Hervorhebung dort.

Wie wenig ergiebig die Bundestreue nach herkömmlicher Auffassung gerade für die Frage der Neugliederung des Bundesgebietes ist, zeigen die Ausführungen BAYERS Bundestreue S. 78 f zum Neugliederungsstreit. Falls das Prinzip der Bundestreue überhaupt zum Zuge komme, so werde sein "spezifischer Gehalt aus den in Art. 29 Abs. 1 GG genannten Richtbegriffen zu entnehmen sein" (BAYER S. 79). Damit deckt sich der Inhalt des ungeschriebenen Verfassungssatzes der Bundestreue in diesem Bereich mit der geschriebenen Verfassung. Ein Verstoß gegen die positive Verfassung sollte aber schon genügen, um die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme zu begründen; die Berufung auf die Bundestreue wird zumindest überflüssig.

4) BVerfG 6 S. 362; Hervorhebung nur hier;

letzt (1), wurde vom Bundesverfassungsgericht als unzulässig verworfen, weil das beitrtrittswillige Land nicht die gleichen *r e c h t l i c h e n* Interessen wie der Antragsgegner (Bund), dem es beitreten wollte, verfolge. "Mit Bezug auf den Gegenstand des Bund-Länder-Streites, der durch den Antrag bestimmt wird, können die *r e c h t l i c h e n* Interessen der Länder immer nur gleichliegen, mögen auch die politischen Interessen auseinandergehen" (2). Folgerichtig ist es demnach auch, wenn das Gericht das Land auf die politischen Möglichkeiten im Bundesrat verweist, um seine politischen Interessen zur Geltung zu bringen.

Auch die Formulierung, die "rechtlich anerkannten Interessen" (3) zu wahren, scheint noch zu weit, weil man leicht versucht ist, jedes Interesse mit der Aura des Rechtes zu umgeben und dadurch rein politische, wirtschaftliche oder sonstige Interessen verrechtlicht werden; das Abgleiten in den Bereich des Politischen wird damit zur ständigen Gefahr (4).

Ebenso kommt auch eine Berufung auf das "Gesamtinteresse" (5) nicht in Betracht. "Was dem Bundesganzen dienlich oder nicht, das entscheidet sich nicht nach einem Bundesmythos, sondern von Verfassungspunkt zu

1) vgl. BVerfG 13 S. 54 ff (60) und 12 S. 308 f;

2) BVerfG 12 S. 310, Hervorhebung dort;

3) vgl. TRIEPEL Reichsaufsicht S. 369, BAYER Bundestreue S. 53 f, der das Problem jedoch nur unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht von Bund und Ländern behandelt; POETZSCH-HEFFTER Vorb. zu Art. 15, 3, Art. 15 Anm. 6; GEBHARD Kommentar Art. 15 2 b; TRIEPEL Festschrift Kahl S. 73;

4) vgl. BULLINGER AöR 87 S. 492 zum Verhältnis Bundestreue - Bundesaufsicht;

5) vgl. dazu BAYER Bundestreue S. 52 ff;

Verfassungspunkt danach, wessen Meinung jeweils von der Verfassung für die maßgebliche erklärt wird" (1). Nur soweit diese Interessen zu tatsächlichen Rechtspositionen ausgebaut sind - im bundesstaatlichen Gefüge sind dies in erster Linie die Kompetenzen -, kann von einer Rechtspflicht zu gegenseitiger "Rücksichtnahme" die Rede sein.

An dieser Stelle greift aber nicht eine nicht genauer definierbare Pflicht zu bundesfreundlichem Verhalten ein, sondern die konkreten und im Einzelfall präzisierbaren Grundsätze des Übermaßverbots, die dem Bund und den Gliedern gebieten, von ihren Befugnissen in einer Weise Gebrauch zu machen, die den anderen Kompetenzträger im geringstmöglichen Umfang beeinträchtigt.

2. Art. 79 Abs. 3 GG im Bund-Länder-Verhältnis

a) Die Unmöglichkeit der Aufhebung des Bundesstaates

Freilich ist damit noch nichts ausgesagt, wo die Toleranzgrenzen für derartige Einwirkungen auf den Rechtsbereich eines Landes oder des Bundes liegen. Hierfür gibt das Grundgesetz aber selbst eine Stütze. Wie Art. 19 Abs. 2 GG zum "Verhältnissfaktor" (2) für die Grundrechtseinschränkungen wird, kann im föderalen Bereich Art. 79 Abs. 3 GG diese Funktion übernehmen.

Das Verbot, die bundesstaatliche Ordnung, "die Gliederung des Bundes in Länder" (Art. 79 Abs. 3 GG) zu beseitigen, stellt die absolute Schranke jeglicher Maßnahmen im Bund-Länder-Verhältnis dar, die auch der Verfassungsgesetzgeber und erst recht nicht der einfache Bundes- oder Landesgesetzgeber überschreiten darf.

1) LERCHE VVDStRL 21 S. 89/90;

2) LERCHE Übermaß und verfassungsrecht S. 80. Der Ausdruck geht auf KRAUSS Verhältnismäßigkeit S. 50 zurück.

b) Art. 79 Abs. 3 GG als Verhältnisfaktor

Art. 79 Abs. 3 GG bezeichnet nur den absoluten Grenzfall. Die Berührung der Gliederung des Bundes in Länder durch Maßnahmen des Bundes oder der Gliedstaaten ist auf jeden Fall unverhältnismäßig. Es kann nach der Auffassung des Grundgesetzes schlechthin keinen Zweck geben, dessen Erreichung die Beseitigung der bundesstaatlichen Ordnung rechtfertigen würde.

Darin allein ist die Aussage des Art. 79 Abs. 3 GG jedoch nicht erschöpft. Wäre es dem Bund oder den Ländern gestattet, bei Ausübung ihrer Befugnisse jeweils bis unmittelbar an diese Grenze vorzudringen, verbliebe vom Bundesstaat nur ein leeres Gerippe, während de facto bereits der Einheitsstaat oder der Staatenbund bestehen würde (1). Art. 79 Abs. 3 GG ist daher nicht nur absolute Schranke, sondern auch Verhältnisfaktor für alle Rechtsbeziehungen im Bund-Länder-Verhältnis, an dem gemessen werden kann, inwieweit ein verfassungsrechtlich erlaubtes Ziel zum Eingriff in das bundesstaatliche Gefüge rechtfertigt oder nicht. Die Vielzahl all jener Möglichkeiten, die an die absolute Grenze des Art. 79 Abs. 3 noch nicht heranreichen, werden somit in ein "Abwägungsverhältnis" (2) eingespannt.

Dies führt zu einer gewissen Abstufung der Eingriffsgrade, die von der Verfassung ermöglicht werden. Wenn man in das Abwägungsverhältnis die Größen Zweck und Mittel einsetzt, so kann es sich zunächst nur um einen rechtlich erlaubten Zweck handeln. Welche Ziele im Bun-

1) Hier findet auch die Auffassung BAYERS von der Bundesstrene ihren Platz, wenn er sie als Prinzip auffaßt, das es dem Gesamtstaat und den Gliedern gebietet, nicht eigensüchtig das Ziel eines allmählichen Überwiegens über den anderen Teil zu verfolgen (S. 42);

2) LERCHE Übermaß und Verfassungsrecht S. 79;

desstaats von dem Bund und den Ländern verfolgt werden dürfen, ergibt der Zuständigkeitskatalog, der von der ausschließlichen Bundeskompetenz über die konkurrierenden Befugnisse und die Rahmenkompetenzen bis zu den ausschließlichen Länderkompetenzen reicht.

Als stärkste Rechtspositionen können die ausschließlichen Kompetenzen angesehen werden. Soweit die Verfassung dem Bund ausschließliche Befugnisse einräumt (Art. 73 GG), gibt sie zu erkennen, daß diesem Ziel besonderes Gewicht beizulegen ist. Für das Abwägungsverhältnis von Zweck und Mittel ergibt sich unter Heranziehung des Art. 79 Abs. 3 als Verhältnisfaktor, daß zur Verfolgung des Ziels weiterreichende Mittel eingesetzt werden dürfen und daher die Länder gewisse Eingriffe und Auswirkungen in ihrem Bereich hinnehmen müssen, die jedoch die Grenze des Art. 79 Abs. 3 nicht überschreiten dürfen. Dies gilt insbesondere von der beim Bund liegenden "Kompetenz-Kompetenz".

Die Zuweisung bestimmter Materien als konkurrierende Befugnisse (Art. 72 und 74 GG) läßt erkennen, daß ihnen nicht das gleiche Gewicht wie den ausschließlichen Kompetenzen zukommt. Für das Abwägungsverhältnis bedeutet das eine Abschwächung der einsetzbaren Mittel gegenüber den bei ausschließlichen Befugnissen anwendbaren.

Eine weitere Abschwächung der Eingriffsbefugnisse ergibt sich schließlich für die bloßen Rahmenkompetenzen, bei denen der Bund den Ländern ohnehin einen ausfüllungsbedürftigen und ausfüllungsfähigen Spielraum belassen muß (1). In gleicher Weise stehen den Ländern im Bereich ihrer ausschließlichen Kompetenzen gewichtigere Eingriffsmittel zu, die auch in den Bereich des

1) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 75 Rdz. 12, BVerfG 4 S. 129 f, 8 S. 193;

Bundes eher hineinwirken können, als wenn sie Materien regeln, die der Bund nach Art. 72 GG noch nicht an sich gezogen hat.

Bei diesem Themenkreis handelt es sich nur um die Frage, inwieweit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, ausgerichtet an der absoluten Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG, gestattet, Regelungen zu schaffen, die sich im Zuständigkeitsbereich des jeweils anderen Kompetenzträgers auswirken können; nicht handelt es sich um eine Begründung für eine Verschiebung von Zuständigkeiten zwischen Bund und Ländern.

Um einen gleichfalls anderen - wenn auch verwandten - Bezugspunkt handelt es sich bei dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts in der sogen. "Abhörentscheidung" (1).

In dem von fünf Richtern gestützten Mehrheitsvotum wird ausgeführt, daß Art. 79 Abs. 3 GG "eine prinzipielle Preisgabe der dort genannten Grundsätze" verbiete. Grundsätze würden "als Grundsätze" von vornherein nicht "berührt", wenn ihnen im allgemeinen Rechnung getragen würde und sie nur für eine Sonderlage entsprechend ihrer Eigenart aus evident sachgerechten Gründen modifiziert würden. Die Formel, jene Grundsätze dürften "nicht berührt" werden, habe also keine striktere Bedeutung als die der verwandten Formel in Art. 19 Abs. 2 GG, wonach in keinem Fall ein Grundrecht "in seinem Wesensgehalt angetastet" werden dürfe (2).

1) BVerfG NJW 1971 S. 275 ff; Minderheitsvotum NJW 1971 S. 281 ff.

Vgl. die nach Abschluß der Arbeit erschienenen Aufsätze zu diesem Urteil: H.H. RUPP, Anmerkung in NJW 1971 S. 275 ff, KALKBRENNER, Anmerkung in BayVBl. 1971 S. 146 f und HÄBERLE "Die Abhörentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 15.12.1970, Analyse und Kritik des Urteils, sowie des Minderheitsvotums vom 4. Januar 1971" in JZ 1971 S. 145 ff.

2) BVerfG NJW 1971 S. 278 re.Sp.;

Die Mehrheit der entscheidenden Richter wendet die für die **A u s l e g u n g** des Art. 19 Abs. 2 GG entwickelten Kriterien auf Art. 19 Abs. 3 GG an. Dieses Vorgehen wird von den Kritikern des Urteils als falsch angesehen, da der Grundgesetzgeber in Art. 79 Abs. 3 GG eine andere, und zwar substantiell engere Formulierung als in Art. 19 Abs. 2 GG gewählt habe (1). Die Grundsätze des Art. 79 Abs. 3 GG seien offensichtlich nicht identisch mit dem Wesensgehalt ihrer selbst und deshalb setze eine Identifizierung des Verbots, bestimmte Grundsätze zu berühren, mit dem Verbot, den Wesensgehalt dieser Grundsätze anzutasten, eine absolut unzulässige Verkürzung des Geltungsanspruchs des Art. 79 Abs. 3 GG ins Werk (2). "Innerhalb des Kerns der elementaren Prinzipien (der Verfassung) gibt es keine zulässigen Modifizierungen" (3).

Bei dem hier gemachten Vorschlag, Art. 79 Abs. 3 GG als "Verhältnisfaktor" zu betrachten, handelt es sich nicht - wie im "Abhörurteil" - um die **A u s l e g u n g**, die Bestimmung des Inhalts dieser Vorschrift, sondern um die Zuweisung einer neuen **F u n k t i o n** bei Beurteilung der Ausübung von Kompetenzen im Bundesstaat, wobei der Inhalt des Art. 79 Abs. 3 GG als feststehend vorausgesetzt wird und in ein Abwägungs-

1) vgl. Minderheitsvotum NJW 1971 S.

2) RUPP NJW 1971 S. 276;

3) HÄBERLE JZ 1971 S. 150 re.Sp.;

verhältnis zu anderen Vorschriften des Bundesländer-
Beziehungen gesetzt wird.

c) Der Einfluß des Grundsatzes der Erforder-
lichkeit

Das möglicherweise befremdlich anmutende Ergebnis, daß bei der Inanspruchnahme von ausschließlichen Zuständigkeiten der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit es im Extremfall erlaubt, bis an die Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG heranzugehen, wird dadurch erheblich gemildert, daß zusätzlich der Grundsatz der Erforderlichkeit korrigierend eingreift. Auch wenn das Abwägungsverhältnis von Zweck und Mittel eine in den bundesstaatlichen Aufbau tief eingreifende Regelung zuließe, so muß unter den zur Verfügung stehenden Möglichkeiten diejenige gewählt werden, die den geringfügigsten Eingriff herbeiführt.

Unter diesem Aspekt ist auch die grundgesetzliche Notstandsregelung zu sehen, deren Art. 115 c Abs. 1 die Eigenstaatlichkeit der Länder berührt und damit in den Grenzbereich des Art. 79 Abs. 3 GG vorstößt.

Durch die eben aufgezeigte Stufenskala bei der Ausübung von Kompetenzen im Bundesstaat wird eine weitere Erscheinung der Bundestreue nach herkömmlichem Verständnis durch rechtsstaatliche Grundsätze geklärt.

Für den Bereich der auswärtigen Angelegenheiten als Gegenstand der ausschließlichen Bundeszuständigkeiten (Art. 32 Abs. 1 GG) hat das Bundesverfassungsgericht im Konkordatsurteil bemerkt, daß dort die Treupflichten der Länder gegenüber dem Bund **b e s o n d e r s** ernst zu nehmen seien (1). MAUNZ-DÜRIG (2) führen diesen Gedanken zu Ende und kommen zu dem Ergebnis, daß die Treupflicht der Länder im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten als ausschließliche Bundeszuständigkeit strenger zu nehmen sei als auf Gebieten der konkurrierenden Bund-Länder-Gesetzgebung oder im ausschließlichen Landesbereich. "Umgekehrt wird im ausschließlichen Landesbereich der Bund zurückhaltender sein müssen, sich auf die Treupflicht zu berufen, da ja nicht mittels der Treupflicht die Zuständigkeitsregelung des GG ausgehöhlt werden darf" (3).

Nach dem hier gewonnenen Ergebnis kann die Abstufung der Intensität der Bundestreupflichten in konkreter Weise aus den Grundsätzen des Übermaßverbots gewonnen werden, die darüber hinaus auch eine feinere Differenzierung zulassen als die Forderung, die Bundestreue auf bestimmten Gebieten "besonders ernst" zu nehmen.

3. Folgerungen für den kooperativen Bundesstaat

a) Bundestreue und Kooperation

In jüngerer Zeit ist infolge der verfassungsgesetzlichen Entwicklung wiederholt die Bundestreue mit den Begriffen der Koordination und der Kooperation in Verbindung gebracht worden.

Soweit unter Koordination die rechtliche Gleichordnung von Bund und Ländern verstanden wird, haben wir oben

1) BVerfG 6 S. 362; Hervorhebung nur hier;

2) MAUNZ-DÜRIG Art. 20 Rdz. 22 a.E.;

3) MAUNZ-DÜRIG a.a.O.

bereits erkannt, daß die Fragen der Subordination der Länder oder der Koordination für die Bundestreue nach herkömmlicher Auffassung irrelevant sind.

Die verfassungsrechtliche Diskussion zielt indes in eine andere Richtung, die zumindestens seit dem sog. "Tröger-Gutachten" zur Finanzreform (1) in den Mittelpunkt gestellt wurde: die Tendenz, den Bundesstaat unter dem Gesichtspunkt der Kooperation zu begreifen, die schließlich in der Einführung einer verfassungsrechtlich neuen Kategorie, der Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91 a und b GG), mündete.

Die Verfassungsänderung wurde von der Erkenntnis getragen, daß eine starre Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Bund und Ländern den modernen bundesstaatlichen Bedürfnissen nicht mehr Rechnung trägt. Die Entwicklung im Industrie- und Wirtschaftsstaat hat neue Formen notwendig gemacht, die eine effektive und verfassungsrechtlich gesicherte Aufgabenerfüllung gewährleisten (2). Das allgemeine Stichwort, in dem all diese Tendenzen und Strömungen aufgefangen werden, ist der "kooperative Föderalismus" (3).

aa) Die Bundestreue als Rechtsgrundlage der Kooperation

Diese Entwicklung konnte nicht ohne Einfluß auf die Bundestreue bleiben, wobei man zwei Richtungen unterscheiden muß. Einmal wird eine Kooperation von Bund und Ländern sowie der Länder untereinander als Ausdruck bun-

1) vgl. Kommission für die Finanzreform; Gutachten

2) vgl. dazu TIEMANN Gemeinschaftsaufgaben Diss. S. 247/248; KLEIN DÖV 1968 S. 153 ff; Gutachten zur Finanzreform Tz. 73 ff; HÜTTL DVBl. 1967 S. 434/435;

3) vgl. KEWENIG AöR 93 S. 433 ff; KONOW DÖV 1966 S. 368 ff; HENLE DÖV 1966 S. 608 ff; KÖLBLE DÖV 1962 S. 1 ff, ders. DÖV 1967 S. 1 ff; LIEBRECHT DVBl. 1967 S. 72 ff; SCHEUNER DÖV 1965 S. 545; KLEIN DÖV 1968 S. 155; PATZIG DVBl. 1966 S. 389 ff; HÜTTL DVBl. 1967 S. 433 ff;

desfreundlichen Verhaltens betrachtet, zum anderen soll der Kooperationsgedanke die Bundestreue rechtfertigen.

So bezeichnet SCHEUNER das Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern zur Förderung der Wissenschaft und Forschung und die Vereinbarungen der Länder über die Finanzierung wissenschaftlicher Hochschulen (1) als "Weg bundesfreundlicher Verständigung" (2). KONOW hält die Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern sowie der Länder untereinander nicht nur für verfassungskonform, sondern "sie verwirklichen die gegenseitige Verpflichtung zu bundesfreundlichem Verhalten" (3). Für KÖLBLE stellt die Bundestreue neben dem Grundsatz *pacta sunt servanda* den Geltungsgrund für Vereinbarungen zwischen Bund und Ländern dar (4). Der Bund realisiere durch seine Mitwirkung bei der Erfüllung von Gemeinschaftsaufgaben seine Pflicht zu länderfreundlichem Verhalten, wie umgekehrt die Länder ihre Bundestreue durch bundesfreundliche Mitwirkung bewährten (5). Die Verständigung der Länder und damit die Selbstkoordinierung finde ihre Rechtfertigung in dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Bundestreue (6). Nach BAYER tragen die gemeinsamen Einrichtungen zur Verwirklichung des Prinzips der Bundestreue bei (7).

Faßt man diese Aussagen zusammen, so lautet ihr Tenor vereinfacht ausgedrückt: Die Bundestreue ist die Rechtsgrundlage für eine Kooperation von Bund und Ländern sowie der Länder untereinander.

1) s. GVOBl. Rheinland-Pfalz 1964 S. 207;

2) SCHEUNER DÖV 1965 S. 646;

3) KONOW DÖV 1966 S. 374;

4) KÖLBLE DÖV 1960 S. 655;

5) HENRICHS Gemeinschaftsaufgaben S. 74;

6) PFEIFFER NJW 1962 S. 566;

7) BAYER Bundestreue S. 83;

bb) Widerspruch zur Akzessorietät der Bundestreue

Geht man vom akzessorischen Charakter der Bundestreue aus, der bestehende Rechtsverhältnisse zwischen Bund und Ländern voraussetzt, so erkennt man unschwer, daß sich aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens keine Rechtspflichten zum Abschluß von Verwaltungsabkommen oder zur Übertragung von Länderkompetenzen auf den Bund ergeben können. Es kann durchaus die politische Notwendigkeit bestehen, bestimmte Aufgaben gemeinsam zu lösen; daraus darf aber nicht auf eine korrespondierende rechtliche Verpflichtung geschlossen werden. Das würde zu dem grotesken Ergebnis führen, daß das Bundesland A das Land B vor dem Bundesverfassungsgericht auf Abschluß eines Verwaltungsabkommens über eine bestimmte Materie verklagen könnte!

Wäre die Bundestreue die Rechtsgrundlage für die Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund und Ländern, hätte es nicht einer langwierigen und harten Diskussion bedurft, um schließlich auf dem Wege über eine Verfassungsänderung die Gemeinschaftsaufgaben in das Grundgesetz einzuführen; die Verpflichtung zur gemeinsamen Erledigung bestimmter Aufgaben hätte dann unmittelbar aus der Bundestreue begründet werden können. Damit hätte sie sich aber über die geschriebene Verfassung hinweggesetzt und wäre zur ungeschriebenen Generalnorm für alle Fragen im Bund-Länder-Verhältnis geworden. Gerade die von allen Seiten für notwendig erachtete Verfassungsänderung (1) ist ein Indiz dafür, daß sich solch weitgehende, selbständige Verpflichtungen aus der Bundestreue nicht ableiten lassen.

Eine ganz andere - und zu bejahende - Frage ist die nach der Wirkung der Bundestreue nach unserem Verständnis:

1) vgl. Gutachten zur Finanzreform; MANNZ BayVBl. 1969 S. 2;

der rechtsstaatlichen Grundsätze innerhalb der Erfüllung von Gemeinschaftsaufgaben. Hier besteht kein Zweifel, daß sich Bund und Länder bundesfreundlich, d.h. rechtsstaatlich zu verhalten haben. Das gilt sowohl bei der Inanspruchnahme der Befugnisse aus Art. 91 a und 91 b GG als auch für Rechte und Pflichten, die sich aus Staatsverträgen und Verwaltungsabkommen der Länder untereinander ergeben.

So steht insbesondere das Zustimmungserfordernis des Art. 91 a Abs. 3 GG des von einer gemeinsamen Rahmenplanung betroffenen Bundeslandes unter dem Rechtsstaatsgebot, sein Ermessen bei der Entscheidung, ob es die Zustimmung erteilt, nicht willkürlich auszuüben. Eine durch sachfremde Überlegungen motivierte Zustimmungsverweigerung wäre unbeachtlich und könnte verfassungsgerichtlich nachgeprüft werden, wobei sich die Überprüfung wie bei allen Ermessensentscheidungen auf die äußersten Grenzen zu beschränken hat (1).

b) Der Kooperationsgedanke als Rechtsgrundlage für die Bundestreue?

Die andere Richtung der Diskussion von Bundestreue und Kooperationsgedanken geht dahin, in dem kooperativen Föderalismus die Grundlage der Bundestreue zu sehen. Auch dies stößt auf Einwendungen.

Der Gedanke eines kooperativen Föderalismus ist zwar nicht so neu, wie es angesichts der im Jahre 1966 entfachten Diskussion um das "Tröger-Gutachten" den Anschein hat. KEWENIG hat für die Vereinigten Staaten von Nordamerika die Wurzeln des "cooperative federalisme"

1) Die Zustimmung des Landes ist daher nicht eine bloße politische, sondern eine rechtliche Entscheidung. Um eine Überprüfung der Rechtsfrage zu ermöglichen, wird man zumindest für die Ablehnung der Zustimmung verlangen müssen, daß diese begründet wird.

bis zur Jahrhundertwende zurückverfolgt (1). - Aber seine verfassungsrechtliche Verankerung hat der kooperative Föderalismus in der Bundesrepublik erst mit der Einführung des Art. 91 a GG im Jahr 1969 gefunden. Erst von diesem Zeitpunkt an besteht eine solide verfassungsrechtliche Basis, auf der weiter aufgebaut werden könnte. Das zeigt aber auch die Unergiebigkeit der Gemeinschaftsaufgaben für die Bundestreue, die ja bereits im Kaiserreich und in der Weimarer Republik und in der Bundesrepublik seit 1949 als immanentes Verfassungsprinzip gegolten haben soll. Bis zur Ergänzung der Verfassung 1969 war das Verlangen nach einer einheitlichen und effektiven Gestaltung des Hochschulwesens, nach Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur, der Agrarstruktur und des Küstenschutzes eine politische Forderung (2), die ohne eine Grundgesetzänderung nicht verwirklicht werden konnte, weil keine rechtliche Handhabe - auch nicht die Bundestreue - dazu bestand.

Daher geht auch die Ableitung der Bundestreue durch ZITZELSBERGER (3) aus der bundesstaatlichen Ordnung in die Irre. Er faßt das Bund-Länder-Verhältnis als von der Koordination geprägt auf. Diese werde nicht als rechtliche Gleichordnung, sondern als "politisch dynamisches Element" verstanden (3). Nach dem inzwischen

-
- 1) KEWENIG AöR 93 S. 433 ff (443 ff). Der Ausdruck selbst hat sich erst in den dreißiger Jahren eingebürgert (vgl. KEWENIG S. 434);
 - 2) Der Katalog der Gemeinschaftsaufgaben war ursprünglich noch weit umfangreicher; HENRICHS Gemeinschaftsaufgaben S. 19. Man erwog auch die Einführung einer Generalklausel, die es dem einfachen Bundesgesetzgeber gestattet hätte, bestimmte Sachgebiete zu Gemeinschaftsaufgaben zu erklären (vgl. Gutachten Finanzreform Tz. 139). Mit Recht wurde dieses Vorhaben aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht verwirklicht, da einer Aushöhlung der Länderzuständigkeiten die Tore weit geöffnet worden wären; vgl. HENRICHS a.a.O. S. 20/21 m.w.N. und S. 65;
 - 3) ZITZELSBERGER Pflicht der Länder zur Gesetzgebung S. 140 ff (164 ff);

wohl allgemein gewordenen Sprachgebrauch ist damit der kooperative Föderalismus gemeint.

"Um dem politisch dynamischen Begriff der Koordination im Staatsleben Wirksamkeit zu verleihen, fließt aus ihm der Rechtsgrundsatz einer Pflicht zur Rücksichtnahme und Zusammenarbeit. Diese Auffassung vom Bundesstaat fordert zwangsläufig eine derartige Verpflichtung von Bund und Ländern. Sie stellt nur die rechtliche Ergänzung zu dem politischen Element der Koordination dar" (1).

Dies kommt im Grunde einer Ableitung der Bundestreue aus dem "Wesen des Bundesstaates" gleich, wobei hier nicht die Elemente Gewaltenteilung, Bündnis o.ä., sondern die Kooperation als Wesen angesehen wird. Unverständlich bleibt dann aber, wie es möglich sein soll, daß "politische Elemente" Rechtsnormen produzieren können. Mit der bloßen Behauptung, daß aus dem politisch-dynamischen Begriff der Koordination Rechtsgrundsätze "fließen", ist das Problem nur verschleiert, aber nicht gelöst. Diese Meinung läuft darauf hinaus, daß bereits eine politische Forderung oder Meinung Rechtspflichten schaffen kann!

Im Ergebnis ist also festzustellen, daß durch einen politischen Bundesstaatsbegriff das Rechtsphänomen der Bundestreue nicht zu erklären ist.

4. Auswirkungen auf Einzelfragen

a) Die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers (Art. 65 GG)

BAYER vertritt die Ansicht, daß die Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers (Art. 65 Abs. 1 GG) gewissen verfassungsrechtlichen Schranken unterworfen sei (2),

1) ZITZELSBERGER a.a.O. S. 165;

2) BAYER Bundestreue S. 86;

wozu jedenfalls auch die Bundestreue zähle. Dem kann nicht gefolgt werden. Zunächst handelt es sich hier um den Bereich der "Hohen Politik", wie BAYER selbst einräumt, in dem Rechtsschranken nur die - äußerst weiten - Grenzen abstecken können. Die Regierungsakte werden in diesem Raum daher einer gerichtlichen Nachprüfung weitgehend entzogen. Es kann allenfalls nachgeprüft werden, ob eine bestimmte Frage zum Gegenstand der Richtlinienkompetenz gemacht werden kann (1). Die Gestaltung der Richtlinien ist eine politische Entscheidung, wofür der Bundeskanzler die politische Verantwortung gegenüber dem Parlament übernehmen muß (2) (Art. 65 Satz 1 GG).

Der gewichtigere Einwand gegen eine Beschränkung der Richtlinienkompetenz durch die Bundestreue ergibt sich aus dem Umstand, daß die Richtlinien nur innerhalb des Bundes und der Bundesorgane von Bedeutung sind (3). Auch wenn man den Richtlinien Rechtssatzcharakter beimißt, weil sie für eine unbestimmte Vielzahl von Einzelfällen gelten (4), so binden sie doch nur die Bundesminister (5).

Der Bereich der Bundesländer kann daher durch die Richtlinienkompetenz rechtlich überhaupt nicht tangiert wer-

1) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 65 Rdz. 9;

2) vgl. dazu JUNKER Richtlinienkompetenz S. 80 ff;

3) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 65 Rdz. 2;

4) so MAUNZ BayVBl. 1956 S. 261;

5) vgl. MAUNZ-DÜRIG Art. 65 Rdz. 2; E.W.BÖCKENFÖRDE Organisationsgewalt S. 206; JUNKER Richtlinienkompetenz S. 106 f; SCHÖNE Von der Reichskanzlei zum Bundeskanzleramt S. 146 f; HENNIS Recht und Staat 300/301 S. 9.

Wegen der beschränkten Bindungswirkung der Richtlinien innerhalb der Regierung stehen sie den Verwaltungsvorschriften näher als einem nach außen wirkenden Rechtssatz.

den. Sie sind gegenüber dem einzelnen Bundesstaat ebenso unverbindlich wie gegenüber dem Staatsbürger. Sie können zwar von erheblicher politischer Brisanz sein und daher auch die Interessen der Länder berühren, aber irgendwelche rechtlichen Konsequenzen ergeben sich daraus nicht. Aber nur das rechtliche Terrain ist für die Bundestreue als Rechtssatz relevant (1). Durch die Richtlinienkompetenz werden innerhalb der Bundesregierung rechtlich erhebliche Tatbestände geschaffen; mangels jeder "sonstigen Außenwirkung" bleibt das Bundesländer-Verhältnis unberührt und damit auch die Bundestreue (2).

b) Die Bundesaufsicht

aa) Für den Bereich der Bundesaufsicht (Art. 84 ff) haben wir oben gesehen, daß im System der Aufsicht die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit verankert sind (3). Das Übermaßverbot ersetzt daher eine Funktion, die der Bundestreue zugeschrieben wird. Nach BAYER begrenzt die Bundestreue die Entscheidungsfreiheit der zuständigen Bundesorgane, ob gegenüber einem Land eingeschritten werden soll. Wenn das Aufsichtsverfahren das in Anspruch genommene Land unverhältnismäßig stark belastet, sei der Bund verpflichtet, das Land durch

-
- 1) Daher ist auch BAYER (Bundestreue S. 86 und S. 56) widersprüchlich. Zwischen Bundesorganen, Bundeskanzler und Bundespräsident soll die Bundestreue nicht gelten (S. 56); wohl aber für die Richtlinienkompetenz, die nur die Regierungsmitglieder bindet.
 - 2) Sollte es etwa verfassungswidrig sein, wenn der Bundeskanzler in die Richtlinien seiner Politik das Ziel aufnimmt, auf dem verfassungsmäßigen Weg (Art. 79 GG) die Übertragung einer Landeszuständigkeit auf den Bund anzustreben, weil die Aufgabe bundeseinheitlich besser gelöst werden könnte?
 - 3) vgl. oben S. 160 ff;

Verhandlungen zur Erfüllung seiner Aufgaben anzuhalten (1).

Abgesehen von der Tatsache, daß BAYER selbst mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit argumentiert, ergibt sich dieses Ergebnis unmittelbar aus dem Übermaßverbot. Nicht jeder geringste Fehler bei der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder darf zum Anlaß genommen werden, um die Bundesaufsicht oder gar den Bundeszwang einzusetzen. Inwieweit die Eigenstaatlichkeit des Landes dadurch berührt werden darf, entscheidet der Grundsatz der Erforderlichkeit hinsichtlich des einzusetzenden Mittels. Hierfür erkennt sogar BAYER, daß sich die Bundestreue mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit deckt (2)!

bb) Die wiederholt gestellte Frage nach dem Verhältnis von Bundestreue und Bundesaufsicht löst sich bei Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht ohne Schwierigkeiten. Begreift man die Bundestreue als Verpflichtung von Bund und Ländern, in ihrem Verhältnis zueinander rechtsstaatliche Regeln anzuwenden, so folgt aus deren akzessorischem Charakter bereits, daß die Bundesaufsicht nicht die Bundestreue als solche zum Gegenstand haben kann.

Die rechtsstaatlichen Grundsätze sind bei der Ausübung von Rechten zu beachten, begründen aber keine selbständigen Rechtsverhältnisse. Daher kann die so verstandene Bundestreuepflicht stets nur im Zusammenhang mit anderen Rechten im Bund-Länder-Verhältnis gesehen werden. Gegenstand der Bundesaufsicht ist folglich nur ein durch rechtsstaatliche Forderungen modifiziertes Recht des Bundes gegenüber den Ländern, nicht die abstrakte Ver-

1) BAYER Bundestreue S. 90; Hervorhebung nur hier;

2) BAYER Bundestreue S. 91 Fußn. 53; richtiger nach der hier verwendeten Terminologie: Grundsatz der Erforderlichkeit.

pflichtung, sich rechtsstaatlich zu verhalten.

Zum gleichen Ergebnis kommt auch die herrschende Lehre zur Bundesaufsicht. Nach dem Wortlaut des Art. 84 Abs. 3 GG bezieht sich die Bundesaufsicht nur auf die Ausführung von Bundesgesetzen. Daher hat das Bundesverfassungsgericht im Volksbefragungsurteil den Standpunkt eingenommen, daß die Bundestreue als allgemeiner Verfassungsgrundsatz nicht verwaltungsmäßig ausgeführt werden könne (1).

Folgt man dieser richtigen, mit Wortlaut und Sinn des Art. 84 GG übereinstimmenden Ansicht (2), so ist die Bundestreue nur insoweit dem Bundesaufsichtsverfahren unterworfen, als sie bei der Ausführung von Bundesgesetzen eine Rolle spielen kann.

Die Ansicht, daß das Grundgesetz selbst sich lediglich durch die erschwerte Abänderbarkeit (Art. 79 GG) von einem anderen Bundesgesetz unterscheide und daher bezüglich der Bundesaufsicht beide gleichgestellt werden müßten (3), kann schon deshalb nicht überzeugen, weil das Grundgesetz und das Bundesgesetz nicht der gleichen Rechtsquelle entspringen. Die Verfassung eines Staates wird vom Verfassungsgeber geschaffen, während das Bundesgesetz auf den Bundesgesetzgeber zurückzuführen ist, wie er von der Gesamtstaatsverfassung eingesetzt worden ist (4).

-
- 1) BVerfG 8 S. 131. Das von BAYER Bundestreue S. 91/92 in diesem Zusammenhang herangezogene Konkordatsurteil ist nicht beweiskräftig, da das Gericht dort nur begründete, daß die Ausführung eines Landesgesetzes weder die Ausführung von Bundesgesetzen gem. Art. 84 GG noch des Grundgesetzes selbst sei (BVerfG 6 S. 328 f).
 - 2) vgl. oben S. 164 f; MAUNZ Staatsrecht S. 239, MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 43, SCHÄFER AöR 87 S. 7 f, SCHÜLE Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1619;
 - 3) so BULLINGER AöR 83 S. 303, BAYER S. 96; dagegen bereits DUX Bundesrat und Bundesaufsicht S. 18;
 - 4) FROWEIN Bundesaufsicht S. 36;

Daher unterliegt nur die Ausführung von Bundesgesetzen, nicht aber die des Grundgesetzes der Bundesaufsicht.

Die von BAYER (1) im Anschluß an BULLINGER (2) dagegen vorgebrachten Einwendungen greifen nicht durch. Die Auffassung, daß der Bereich der gesamten Länderstaatstätigkeit (3) der Bundesaufsicht unterliegen soll, bedeutet nichts anderes als die Einführung der sog. selbständigen Bundesaufsicht, die aber vom Grundgesetz aus der Weimarer Verfassung nicht übernommen wurde (4). Gerade der Einwand BULLINGERS, daß man den Wortlaut des Art. 84 nicht nach seiner äußeren Worthülle, sondern im Lichte einer langen, staatsrechtlichen Tradition auslegen müsse (5), geht fehl, weil eine derartige Tradition nicht besteht, die zur Bundesaufsicht über die gesamte Staatstätigkeit der Länder führen könnte. Auch das im Kaiserreich (6) und in der Weimarer Republik (7) von der Lehre - insbesondere von TRIEPEL (8) - entwickelte Institut der selbständigen Reichsaufsicht ergriff nie die gesamte Staatstätigkeit der Länder; ihr Unterschied von der abhängigen Aufsicht (9) bestand lediglich darin, daß sie sich auch auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung bezog, von denen bislang noch kein Gebrauch gemacht worden war (10), was auch aus dem Wortlaut des Art. 4 RV selbst zu ent-

1) BAYER Bundestreue S. 93 ff;

2) BULLINGER AöR 83 S. 284 ff;

3) BULLINGER a.a.O. S. 295;

4) vgl. oben S. 165;

5) BULLINGER a.a.O. S. 288;

6) Art. 4 RV;

7) Art. 15 WRV;

8) TRIEPEL Reichsaufsicht S. 411 ff;

9) vgl. dazu TRIEPEL Reichsaufsicht S. 371 ff;

10) TRIEPEL Reichsaufsicht S. 413, 430 ff (435);

nehmen war (1). Die Reichsaufsicht über Sachgebiete, die im ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Länder lagen, hat auch damals nicht stattgefunden; von einer langen staatsrechtlichen Tradition kann daher keine Rede sein. Auch soweit die Reichstreue nach der damaligen Ansicht Gegenstand des Aufsichtsverfahrens war, konnte sie nur in bezug auf Gegenstände der Reichsgesetzgebung angewandt werden (2). Wenn in diesem Zusammenhang immer wieder auf die Äußerungen TRIEPELs (3) verwiesen wird, so muß hervorgehoben werden, daß dort die Treupflicht der Länder als Maßstab der Reichsaufsicht, nicht aber als deren Gegenstand behandelt ist (4).

dd) Als Maßstab kommt den rechtsstaatlichen Grundsätzen im Bundesaufsichtsverfahren eine doppelte Funktion zu.

Sie stellen zunächst diejenigen Normen auf, die das Land beim Vollzug der Bundesgesetze - außer diesen selbst - einzuhalten hat (5). Hier gelten keine Beson-

-
- 1) Art. 4 RV: "Der Beaufsichtigung seitens des Reiches u n d der Gesetzgebung unterliegen die nachfolgenden Angelegenheiten: ..." (folgt der Zuständigkeitskatalog).
 - 2) vgl. TRIEPEL Reichsaufsicht S. 435, 451 f und die dort angeführten Beispiele, die sich ausnahmslos auf Materien des Zuständigkeitskatalogs (Art. 4 RV) beschränken. S. 452 Fußn. 3: Auch bei der selbständigen Reichsaufsicht bildet der Maßstab der Beaufsichtigung zugleich die Grenze für den Umfang des Aufsichtsrechts. S. 450: Ihren Maßstab ... findet die selbständige Reichsaufsicht ... in reichsverfassungsmäßig geschützten Rechten.
 - 3) TRIEPEL Reichsaufsicht S. 441 Fußn. 2 (wo wiederum auf LABAND Staatsrecht I S. 109 Bezug genommen wird);
 - 4) Der Verwechslung der beiden Kategorien fällt BULLINGER AÖR 83 S. 299 zum Opfer (vgl. Fußn. 37);
 - 5) TRIEPEL definiert den Maßstab als die "Norm, mit der das Tun und Lassen des Beaufsichtigten in Einklang stehen soll" (Reichsaufsicht S. 388).

derheiten, weil sich die Gesetzesausführung im Rahmen der gesamten Rechtsordnung halten muß (1), deren wesentlicher Bestandteil auch die rechtsstaatlichen Grundsätze sind.

Daneben bestimmt aber auch das Übermaßverbot die Auswahl der Aufsichtsmittel, wie wir oben gesehen haben (2). Soweit sich das Aufsichtsverfahren im Rahmen des Art. 84 GG hält, hat bereits der Verfassungsgesetzgeber die Aufsichtsmittel in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Erforderlichkeit abgestuft. Sobald jedoch die in Art. 84 GG genannten Mittel erfolglos ausgeschöpft sind, besteht als Vollstreckung der Bundesaufsicht die Möglichkeit, Bundeszwang (Art. 37 GG) anzuwenden. Eine verfassungsgesetzliche Bestimmung der Bundeszwangsmittel fehlt. Daher bestimmt der Grundsatz der Erforderlichkeit die Auswahl der gegen das Land anzuwendenden Mittel. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der die Frage beantwortet, ob die Anwendung des Bundeszwangs nicht unangemessen ist im Verhältnis zum angestrebten Zweck, wird beim Bundeszwang als Vollstreckung der Bundesaufsicht keine Bedeutung zukommen, weil die Gefährdung des Bundesstaates einen erheblichen Grad erreicht hat, wenn sich ein Land dem Beschluß des Bundesrates oder dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts widersetzt.

Sollte der Anlaß im Ausnahmefall dennoch so geringfügig sein, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Bundeszwang verbietet, so dürfte der Fehler bereits bei der Einleitung des Bundesaufsichtsverfahrens gelegen haben, denn die Frage, ob Art. 84 Abs. 3 GG angewandt werden soll, hat die Bundesregierung gleichfalls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu prüfen.

1) vgl. auch BAYER Bundestreue S. 97, HERTL Treupflichten S. 93/94; MAUNZ-DÜRIG Art. 84 Rdz. 46;

2) vgl. oben S. 164;

ee) Insgesamt scheint die Frage nach der Beachtung der Bundestreue bei Ausführung von Bundesgesetzen für die Verfassungspraxis recht unergiebig zu sein. Die Bundesländer führen die Bundesgesetze als eigene Angelegenheiten in aller Regel, ebenso wie ihre eigenen Gesetze, gegenüber dem Bürger aus. Soweit dabei Rechtsverstöße vorkommen, ist der Bereich der Bundestreue normalerweise gar nicht tangiert, da er sich auf die Rechtsbeziehungen von Bund und Ländern bezieht (1). Soweit der Bund wegen einer unrichtigen Gesetzesausführung gegenüber dem Staatsbürger die Landesregierung im Wege der Bundesaufsicht rügt, macht er daher keine Verletzung der Bundestreue geltend. Freilich sind die Länder verpflichtet, die Bundesgesetze rechtmäßig, d.h. auch unter Beachtung rechtsstaatlicher Gebote auszuführen. Aber die Verletzung z.B. des Übermaßverbots gegenüber dem von der Landesverwaltung unmittelbar angesprochenen Bürger bedeutet nicht gleichzeitig eine Verletzung rechtsstaatlicher Gebote gegenüber dem Bund. Das verhindert andererseits nicht ein Eingreifen des Bundes im Wege der Bundesaufsicht, da hierfür die tatbestandsmäßige Voraussetzung lediglich "Mängel bei der Ausführung" (Art. 83 Abs. 3 GG) sind. Die Frage, ob gleichzeitig ein R e c h t d e s B u n d e s verletzt wird, wenn das Land Bundesgesetze mangelhaft ausführt, tritt für die Bundesaufsicht völlig in den Hintergrund, aber nur diese Zone ist für die Bundestreue als Rechtsinstitut im Bund-Länder-Verhältnis von Interesse. Der Schwerpunkt des bundesfreundlichen Verhaltens liegt daher insgesamt in der Frage, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Einleitung des Bundesaufsichtsverfahrens rechtfertigt und welche Mittel ggf. als Vollstreckungsmaßnahmen gem. Art. 37 GG erforderlich sind.

1) vgl. auch DUX Bundesrat und Bundesaufsicht S. 22;

c) Der Bundeszwang (Art. 37 GG)

Für das Verhältnis von Bundestreue als rechtsstaatliches Prinzip zwischen Bund und Ländern und dem Bundeszwang (Art. 37 GG) ergeben sich gleichfalls aus dem akzessorischen Charakter dieser Rechtssätze Folgerungen für die Anwendbarkeit der ultima ratio im Bundesstaat. Wenn Art. 37 Abs. 1 GG die Verletzung der Bundespflichten zur tatbestandsmäßigen Voraussetzung des Bundeszwangs erhebt, so bedarf das Verhältnis dieser Pflichten zur Bundestreue in unserem Sinn einer Klärung. Als akzessorisches Rechtsinstitut kann die Bundestreue nicht als eigenständiges Rechtsverhältnis zwischen Bund und Ländern betrachtet werden. Sie wird stets nur im Zusammenhang mit der Ausübung bestehender Rechte und der Wahrnehmung von Kompetenzen aktuell. Man kann zwar den allgemeinen Satz aufstellen, Bund und Länder haben sich in ihrem Verhältnis zueinander nach rechtsstaatlichen Maßstäben zu behandeln, und diese Verpflichtung als Bundespflicht im Sinne des Art. 37 GG deklarieren, das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese Pflicht nur im Zusammenhang mit Rechten und Kompetenzen verletzt werden kann. Daher verstößt ein Land gegen die Bundespflicht i.S. des Art. 37 Abs. 1 GG, wenn es von seinen Rechten oder Kompetenzen im Verhältnis zum Bund oder einem anderen Land (1) in einer den rechtsstaatlichen Grundsätzen widersprechenden Weise Gebrauch macht. Die dadurch verletzten Grundsätze sind eine Verletzung von Bundespflichten, und dem Bund ist es möglich, von Bundeszwangsmitteln Gebrauch zu machen, wobei er jedoch seinerseits das Übermaßverbot beachten muß, also nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prüfen muß, ob der Bundeszwang in angemessenem Verhältnis zu dem angestrebten Zweck steht. Wenn diese Fra-

1) Auf die Tatsache, daß auch Pflichten gegenüber anderen Bundesländern bestehen, weisen MAUNZ-BÜRIG Art. 37 Rdz. 16 zutreffend hin.

ge bejaht wird, bestimmt der Grundsatz der Erforderlichkeit die einsetzbaren Bundeszwangsmittel.

d) Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern

Als wesentlicher Inhalt der Bundestreue i.S. der herrschenden Meinung wird es immer wieder bezeichnet, daß sie zwischen dem Bund und den Ländern die Verpflichtung zu harmonischer Zusammenarbeit (1), zum Zusammenwirken, zur Verständigung (2), zur Bereitschaft zu freundlichen Verhandlungen über Streitigkeiten (3) begründe.

Aber bereits nach dem herkömmlichen Verständnis der Bundestreue als Rechtssatz des Verfassungsrechts müssen gegen solche Formulierungen Bedenken bestehen. Handelt es sich um Rechtspflichten, so steht hinter ihnen stets die gerichtliche Sanktion, ggf. auch der Bundeszwang, da die Bundestreue insgesamt als Bundespflicht i.S. des Art. 37 GG betrachtet wird.

Kann es aber sinnvoll sein, Bund oder Länder durch Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu verurteilen, in einer bestimmten Frage zusammenzuarbeiten oder einen Ausgleich der unterschiedlichen Gesichtspunkte zu suchen oder miteinander zu verhandeln? Der Erfolg eines solchen Vorgehens wäre doch höchst fragwürdig, denn durch die Verurteilung zu Verhandlungen, zum Zusammenwirken ist doch für das sachliche Ergebnis gar nichts gewonnen, weil die Bundestreue keine neuen Rechte und Pflichten begründen kann. Darauf liefe aber eine Zusammenarbeit in bestimmten Fragen hinaus. Wo die Verfas-

1) DERNEDDE DV 1949 S. 316, MAUNZ Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1638;

2) SCHEUNER DVBl. 1952 S. 645;

3) MAUNZ Konkordatsprozeß Bd. 4 S. 1634;

sung nicht die gemeinsame Lösung von Aufgaben vorgesehen hat, kann es die Bundestreue auch nicht durch ungeschriebenes Recht verfügen.

Dadurch, daß man die Partner an den Verhandlungstisch zwingt, wird kein Fortschritt in der eigentlichen Sachfrage erzielt, ebensowenig wenn man sie zur gütlichen Verständigung auffordert. Erst dann, wenn die Bundestreue ihrerseits das sachliche Ergebnis bestimmt, wird ein Ausgleich der verschiedenen Standpunkte erreicht werden.

Es soll nicht geleugnet werden, daß Verhandlungen, Verständigung und Zusammenwirken von Bund und Ländern von entscheidender Bedeutung für die Lebenskraft des Bundesstaates sind. Aber gerade deswegen ist mit einer Rechtspflicht hierzu nicht gedient; der zur Verhandlung gezwungene Partner wird in der Sache selbst weniger aufgeschlossen und kompromißbereit sein, als der freie und ungezwungene Partner. Im Endergebnis würde eine solch weitgehende Verrechtlichung der Bund-Länder-Beziehungen dem föderalistischen Prinzip eher schaden als nutzen. Sicher sind dies keine juristischen Erwägungen; man muß sich aber darüber klar sein, daß das Recht, auch das Staatsrecht, nur dazu bestimmt ist, einem bestimmten Ziel zu dienen. Im Bereich des Bundesstaates ist eines der Ziele, das möglichst harmonische Verhältnis von Bund und Ländern zu erreichen. Da aber, wo mit Rechtstiteln versucht wird, Harmonie herzustellen, entsteht meist ein um so ärgerer Mißklang. Es scheint daher geraten, insoweit auf die Rechtsmacht zu verzichten und den Ausgleich auf dem politischen Gebiet zu suchen.

e) Die Landesregierungen als Ermächtigungsadressat
(Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG)

In jüngster Zeit hat KONOW (1) nachzuweisen versucht, daß eine bundesgesetzliche Ermächtigung zum Erlaß landesrechtlicher Regelungen, die zum Ausschluß der Landtage führen, gegen das bundesstaatliche Prinzip und den Grundsatz der Bundestreue verstießen.

Gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG können bestimmte Organe des Bundes oder die Landesregierungen durch Gesetz zum Erlaß von Rechtsverordnungen ermächtigt werden. Von dieser Möglichkeit wird in recht weitem Umfang Gebrauch gemacht (2).

Durch die Ermächtigungen der Landesregierung greife der Bundesgesetzgeber in die Verfassungsordnung der Länder ein, da die Gestaltung der verfassungsmäßigen Ordnung eines Landes - im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 GG - Aufgabe des Landes selbst sei und es daher den Ermächtigungsadressaten selbst bestimmen könne. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG könne nicht als Legitimation für den Eingriff ausreichen. Eine an den elementaren Verfassungsgrundsätzen und den Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers orientierte Auslegung dieser Norm ergebe, daß der Bundesgesetzgeber zumindest nicht ohne einleuchtende, sachliche Erwägungen und ohne Vorliegen berechtigter Bundesinteressen durch Ermächtigung der Landesregierungen in die Verfassungsordnung der Länder eingreifen dürfe (3).

Das gleiche Ergebnis werde über die Bundestreue erzielt, wozu KONOW die vom Bundesverfassungsgericht ent-

1) KONOW DÖV 1970 S. 22 ff;

2) vgl. z.B. Ladenschlußgesetz (BGBl. 1956 I S. 875),
Weingesetz (BGBl. 1969 I S. 731);

3) KONOW a.a.O. S. 26;

wickelten Gedanken des Kompetenzmißbrauchs heranzieht (1). Eine mißbräuchliche Kompetenzausnutzung müsse insbesondere dann angenommen werden, wenn in die Verfassungsordnung der Länder eingegriffen werde, ohne daß berechnigte Interessen des Bundes einen solchen Eingriff verlangen (2).

Diese Beweisführung kann nicht überzeugen. Zunächst muß festgestellt werden, daß der Bundesgesetzgeber selbst nicht gegen das bundesstaatliche Prinzip oder gegen die Bundestreue verstößt, wenn er eine im Wortlaut klare und eindeutige Anordnung des Grundgesetzes (3) befolgt und die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen der Landesregierung erteilt. Ebenso wenig kann von einer mißbräuchlichen Kompetenzausübung des Bundesgesetzgebers gesprochen werden.

Die Fragestellung konzentriert sich vielmehr auf die Verfassungsmäßigkeit des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG selbst. Nur wenn diese Norm gegen Grundentscheidungen des Grundgesetzes und elementare Verfassungsgrundsätze verstieße, könnte die Ermächtigung einer Landesregierung im Einzelfall rechtswidrig sein, weil ihr eine verfassungsrechtliche Grundlage fehlte.

Zu den elementaren Verfassungssätzen wird nach herkömmlicher Betrachtungsweise die Bundestreue gezählt, die sich hier als das Rechtsstaatsgebot im Bund-Länder-Verhältnis dargestellt hat.

Es stellt sich daher zunächst einmal die Frage, ob überhaupt das Bund-Länder-Verhältnis durch die Ermächtigungsbefugnis berührt wird. Dies scheint im ersten Moment selbstverständlich zu sein, da der Bund der Landesregierung eine bestimmte Aufgabe zuteilt.

1) vgl. BVerfG 4 S. 140, 12 S. 239, 14 S. 215;

2) KONOW DÖV 1970 S. 26/27;

3) Art. 80 Abs. 1 GG;

Betrachtet man den Vorgang der Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen jedoch unter dem Gesichtspunkt der Staatsgewalt, so wird man Zweifel nicht unterdrücken können. Dem Bund steht als Staat die ungeteilte und umfassende Staatsgewalt über eine bestimmte Materie zu. Er ist daher auch befugt, davon in umfassender Weise Gebrauch zu machen. Von diesem rechtstheoretischen Standpunkt aus bestimmt er sowohl die Rechtssetzung als auch die Rechtsanwendung. Von der umfassenden Gestaltungsbefugnis gibt der Bund demnach einen Teil ab, wenn er einen außerhalb des Bundes stehenden Rechtsträger für den Erlaß von Rechtsverordnungen über die Materie bevollmächtigt. Das bevollmächtigte Land erlangt dadurch einen Zuwachs an Staatsgewalt, zumal die auf Grund der Bevollmächtigung ergangenen Verordnungen Landesrecht und nicht Bundesrecht sind (1). Daher wird die entscheidende Frage für die Bundestreue sehr zweifelhaft, ob durch die Ermächtigung der Landesregierung überhaupt in **R e c h t e** der Länder eingegriffen werden kann, da den Ländern etwas gegeben und nichts genommen wird.

Ein für die Bundestreue relevanter Rechtseingriff kann man allerdings in der Weise begründen, daß die Ermächtigung nicht nur ein Recht des Landes, sondern auch eine Verpflichtung darstellt (2). Ob ein solcher konstruktiver Umweg vom Gewaltzuwachs des Landes zum Rechtseingriff ausreicht, die Bundestreue auf den Plan zu rufen, bleibt dennoch zweifelhaft.

Die Bedenken werden verstärkt, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Frage des innerhalb eines Landes zuständigen Organs zum Erlaß der Rechtsverordnung grund-

1) vgl. BVerfG 18 S. 407;

2) vgl. BVerfG 13 S. 254, 16 S. 338;

sätzlich für die Bundestreue irrelevant ist, weil sie nicht das Bund-Länder-Verhältnis berührt. Für Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG wird sie aber deswegen bedeutsam, weil es hier die Gesamtverfassung ist, die ein bestimmtes Landesorgan als zuständig bezeichnet und somit in einen Fragenkomplex eingreift, dessen Regelung grundsätzlich dem Bundesgliedstaat selbst obliegt. Nach unserer Auffassung kann Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG die Bundestreue nur verletzen, wenn die dort vorgesehene Regelung nicht mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar wäre.

Aus diesem Grund muß das spezielle Anliegen KONOWs - die Stärkung der Länderparlamente (1) - hier außer Betracht bleiben. Die Frage der Beteiligung des Landesparlaments bei Erlass von Rechtsverordnungen zu Bundesgesetzen berührt die demokratische Legitimation dieser Rechtsnormen, nicht aber das Rechtsstaatsprinzip. Es wurde oben bereits darauf hingewiesen, daß diese Frage sich außerdem im reinen Landesbereich bewegt.

Wir werden uns hier mit der generellen Frage befassen müssen, ob die rechtsstaatlichen Prinzipien verletzt werden, wenn das Grundgesetz ein einzelnes Organ zum Ermächtigungsadressaten bestimmt und nicht das Land als solches, und es dann diesem überlassen bleibt, das zuständige Organ zu bezeichnen. Liegt darin ein Verstoß gegen das Übermaßverbot, indem die Bundesverfassung einen mehr als erforderlichen Eingriff in die Ländersphäre vornimmt?

Betrachtet man den Rechtscharakter der Rechtsverordnungen, so ergibt sich, daß das Grundgesetz niemand anderen als die Spitze der Länderexekutive zu deren Erlass ermächtigen konnte. Rechtsverordnungen unterscheiden

1) vgl. KONOW DÜV 1970 S. 26 f;

sich gerade vom formellen Gesetz dadurch, daß sie nicht von der Legislative, sondern von der Exekutive geschaffen werden (1). Würde das Landesparlament tätig, entstünde keine Rechtsverordnung, sondern ein Gesetz. Dies ist aber im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht nur in den relativ seltenen Fällen der Rahmengesetzgebung möglich. In diesem Bereich ist der Landesgesetzgeber berufen, den vom Bund gegebenen Rahmen durch Gesetz auszufüllen.

Der Erlass von Rechtsverordnungen ist dagegen eine Angelegenheit der Verwaltung; daher kann auch nur die Exekutive mit dieser Aufgabe betraut werden; eine andere Möglichkeit scheidet bereits aus der Definition der Rechtsverordnung aus. Ein Verstoß gegen rechtsstaatliche Grundsätze ergibt sich daher aus Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG nicht. Er würde dann vorliegen, wenn eine andere Stelle als die Landesregierung ermächtigt würde, etwa eine bestimmte Kreisverwaltungsbehörde oder eine Bezirksregierung. In diesem Fall läge ein übermäßiger Eingriff in den Rechtskreis des Landes vor, weil die Ermächtigung einer solchen Stelle nicht erforderlich ist.

Die Ansicht KONOws ist ein bezeichnendes Beispiel für die Gefahr, über die Bundestreue die geschriebene Verfassung aus den Angeln zu heben. KONOw umgeht diese Konsequenz, indem er dem Bundesgesetzgeber rechtsmißbräuchliches Verhalten unterstellt, während in Wirklichkeit die Norm des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG selbst gemeint ist.

1) vgl. WOLFF Verwaltungsrecht S. 116 ff, FORSTHOFF S. 125, LAUNZ Staatsrecht S. 239 f;

Lebenslauf

Am 17. August 1940 wurde ich als einziges Kind der Eheleute Gerhard Kowalsky und Johanna Kowalsky, geb. Wese in Mähr.-Trübau geboren. Nach Ende des Krieges, aus dem mein Vater nicht zurückkehrte, kam ich mit meiner Mutter nach Großenlöder, Landkreis Fulda, wo ich von Herbst 1946 bis Ostern 1951 zur Volksschule ging. Danach besuchte ich das Freiherr vom Stein Gymnasium in Fulda, an dem ich zu Ostern 1960 das Reifezeugnis erhielt.

An den Universitäten Frankfurt/Main, Lausanne und München studierte ich acht Semester Rechtswissenschaften und bestand mit der mündlichen Prüfung am 18.12.1964 die erste juristische Staatsprüfung. Die Referendanzzeit im OLG-Bezirk München und bei der Regierung von Schwaben in Augsburg beendete ich mit der zweiten juristischen Staatsprüfung (Termin 1968/II).

Ich bin verheiratet und habe ein Kind. Seit 1970 arbeite ich in einer Rückversicherungsgesellschaft.

